Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg

AGAD.
GD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Ludwig Cullmann,
Referendar in Metz.

Straßburg 1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Straßburg.

Referent: Professor Dr. **v. Tuhr.**

M. DuMont Schauberg, Straßburg. — 4757/18

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548001_0035

Gedankengang.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. Die Interzessionsgeschäfte und die Stellung von kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft innerhalb derselben 1

B. Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

1. Kumulative Schuldübernahme.

§ 2. Anerkennung der kumulativen Schuldübernahme in Theorie und Praxis 3

§ 3. Die kumulative Schuldübernahme ein Gesamtschuldverhältnis 8

§ 4. Charakter der Gesamtschuldverhältnisse nach dem BGB. 11

§ 5. Stellung der kumulativen Schuldübernahme innerhalb der Gesamtschuldverhältnisse 14

Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Rechtsgeschäft: Vertrag.

a) Charakter dieses Vertrages.

§ 6. Die kumulative Schuldübernahme ist wie die private ein causales Rechtsgeschäft 16

§ 7. Ist der kumulative Schuldübernahmevertrag ein Schenkungsvertrag? 28

§ 8. Die kumulative Schuldübernahme ist ein einseitig verpflichtender Vertrag 33

b) Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag.

§ 9. Arten dieses Vertrages 35

§ 10. Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer 38

§ 11. Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, Unterschied dieses Vertrages von der Erfüllungsübernahme 43

Seite

Begründung der kumulativen Schuldübernahme kraft Gesetzes.

§ 12. Einzelne Fälle gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme 51
§ 13. Zusammenfassung 54

2 Die Bürgschaft.

§ 14. Historische Übersicht 55
§ 15. Unterscheidung des Bürgschaftsvertrages von ähnlich gearteten Verträgen 57
§ 16. Begründung und Inhalt des Bürgschaftsvertrages . . . 59
Charakter der Bürgschaft.
§ 17. Sind Bürge und Hauptschuldner Gesamtschuldner . . . 64
§ 18. Accessorietät der Bürgenschuld im Verhältnis zur Hauptschuld 65
§ 19. Besondere Fälle der Verbürgung 67
§ 20. Zusammenfassung 70

II. Besonderer Teil.

1. Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft.

§ 21. Gegenüberstellung des Tatbestandes beider Rechtsgeschäfte 72
§ 22. Wirkungen der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme im Einzelnen 75
a) Verpflichtung in aliam rem conditionem 75
b) Rücktritt 77
c) Verzug und Verschulden 79
d) Kündigung und Mahnung 80
e) Erlaß und Konfussion 82
f) Anfechtung 84
g) Aufrechnung 86
h) Hinterlegung 87
i) Prozeß 87
k) Einreden 90
l) Verjährung 92
m) Unmöglichkeit 92
n) Regreß 93
o) Zusammenfassung 98

2. Bedeutung der kumulativen Schuldübernahme für die Praxis.

Ausführungen.

A. Einleitung.

§ 1. Die Interzessionsgeschäfte und die Stellung von kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft innerhalb derselben.

Der Kredit zählt zu den wichtigsten Faktoren des wirtschaftlichen Lebens. Er schafft die Bedingungen, unter denen ein Austausch aller Güter sich stetig ungehemmt vollziehen kann.

v. Ihering[1]) sagt: „Ohne Kredit wäre der Verkehr das unvollkommenste, schwerfälligste Ding der Welt; er ist durch den Verkehrszweck in einer Weise geboten, daß er überall mit zwingender Notwendigkeit sich einstellen wird."

Zweifellos ist dies richtig und je weiter die wirtschaftlichen Verhältnisse fortschreiten, desto mehr wird der Kredit an Bedeutung gewinnen, desto zahlreicher werden ferner auch die Einrichtungen sein, die einer Sicherung, Erweiterung und Festigung des gegebenen Kredits dienen. Unter ihnen nimmt eine hervorragende Stellung der Akt ein, den man juristisch als „Interzession" zu bezeichnen pflegt. Den Begriff hat schon das römische Recht gekannt und entwickelt; es geht dies unter anderem hervor aus dem Vorhandensein des Senatus consultum Vellejanum, welches ein allgemeines Interzessionsverbot für die Frauen enthielt.

[1]) Der Zweck im Recht, Bd. 7, S. 166.

Die Interzession führt zur Begründung einer Reihe von Rechtsgeschäften; die Einteilung dieser Interzessionsgeschäfte ist von verschiedenen Gesichtspunkten aus möglich. Nach der Art der gegebenen Sicherung unterscheidet man Real- und Personalinterzessionen. Bei den ersteren wird ein bestimmtes Vermögensobjekt für eine Forderung derart haftbar gemacht, daß der Gläubiger sich gegebenenfalls aus ihm befriedigen kann. Bei der Personalinterzession beschränkt sich die Haftung des Interzedenten nicht auf einen einzelnen Gegenstand, sondern sie ergreift sein ganzes pfändbares Vermögen.

Das Wesen der Interzession ist also folgendes: Von dritter, bisher unbeteiligter Seite wird irgendwie in ein bestehendes Schuldverhältnis eingegriffen; hieraus wird der Eingreifende dem Gläubiger bald mehr, bald weniger verpflichtet.

Hat man vor allem den Zewck dieses Eingriffs im Auge, so spricht man von privater und kumulativer Interzession. Der Dritte kann direkt an die Stelle bisherigen Schuldners treten, indem er dessen Verbindlichkeit persönlich übernimmt: Er ist fortan dem Gläubiger allein verhaftet. (Privative Interzession.)[2])

Dagegen tritt bei der kumulativen Interzession der Dritte neben den bisherigen Schuldner und zwar entweder primär: er will genau so haften wie der bisherige Schuldner, dann liegt vor (im engeren Sinne), was unsre Thema als „kumulative Schuldübernahme“ bezeichnet. Oder er steht sekundär nur für die Erfüllung der Verbindlichkeit des ersteren Schuldners ein. Wiederum kann er hier dinglich haften: Realinterzedent oder persönlich: Bürge.

---

[2]) Im gemeinen Recht wurde anschließend an die deutschrechtliche Auffassung der Wechsel des Schuldners unter Erhaltung der Einheit des Schuldverhältnisses allgemein für zulässig angesehen, während neuere Gesetzgebungen wie Code civil (Art. 1274 ff.) an dem Erfordernis der Novation festhielten, die im römischen Recht immer zur Bewirkung eines Personenwechsels innerhalb eines Schuldverhältnisses notwendig war.

B. Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

1. Kumulative Schuldübernahme.

§ 2. Anerkennung der kumulativen Schuldübernahme in Praxis und Theorie.

Im gemeinen Recht gehören die Gebiete der Interzession zu den bestrittensten. Man war sich nicht einig über die Konstruktion der privaten Interzession.[1]) Ebenso sehr schwankte man, ob in der kumulativen Interzession nur die Bürgschaft allein enthalten sei oder ob man daneben eine kumulative Schuldübernahme als Rechtsgeschäft eigener Art anerkennen könne und müsse.

Ja noch mehr! An eine Abgrenzung der Bürgschaft nach der Seite der kumulativen Schuldübernahme hin hat man meist nicht gedacht.[2])

Hasenbalg war vielleicht der erste, der in seiner „Bürgschaft" eine klare, begriffliche Unterscheidung zwischen Verbürgung (auch als Selbstschuldner) und Verpflichtung als Selbstschuldner zu geben suchte.

Übrigens konnte unter der Herrschaft des gemeinen Rechts bei persönlicher kumulativer Interzession eine Frage, ob Bürgschaft, ob kumulative Schuldübernahme, niemals brennend werden; denn die Bürgschaft war formlos gültig, unterschied sich also in ihrem Äußern gar nicht von anderen, ihr etwa ähnlichen Geschäften.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch, das im Prinzip Vertrags- und Formfreiheit anerkannt und durchgeführt hat, gehört die Bürgschaft zu den Geschäften, die zur Gültigkeit schriftlicher Form bedürfen. Diese Erschwerung hat die Reichstagskommission veranlaßt, um, wie sie glaubte, leichtsinniger Verbürgung hierdurch vorzubeugen.

Unter dem Titel „Schuldübernahme" behandelt das

[1]) Windscheid Pandekten 00, S. 370, A 6, Bd. 2.

[2]) Cf. Girtanner: Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte. Bes. S. 321/322.

Gesetz nur die privative Übernahme fremder Schuld. Die sogenannte kumulative Schuldübernahme wurde, wenigstens dem Anschein nach — bei Abfassung des Gesetzes völlig unbeachtet gelassen. Da nun die Bürgschaft durch ihre Form, gleichsam mit einem besonderen Merkzeichen versehen, deutlich hervorgehoben war, so mußte jetzt das Problem, ob je neben der Bürgschaft eine sogenannte kumulative Schuldübernahme bestehen und — formlos natürlich — gültig sein könne, bald aufgerollt werden.

Den Anlaß bot eine Entscheidung, welche das Reichsgericht am 20. März 1902 fällte.[3])

Der zugrunde liegende Tatbestand ist kurz dieser: Der Beklagte hatte, nachdem sein Sohn, an den die Klägerin eine erhebliche Forderung für gelieferte Ware zu haben behauptete, flüchtig geworden war, einem Vertreter der Klägerin mündlich erklärt, er wünsche nicht, daß die Sache in die Öffentlichkeit komme und er wolle selbst den ganzen Betrag zahlen.

Ohne begrifflich die „konstruktive Möglichkeit einer kumulativen Schuldübernahme" zu leugnen, hatte nach Ansicht des Reichsgerichts dieses Geschäft in einer materiellen Wirkung die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft, so daß die legislativen Erwägungen, welche zur Vorschrift für die Schriftform des § 766 geführt haben, auch für die kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen. Wollte man diese auch bei bloß mündlichem Abschlusse als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt.

Gegen dieses Urteil wurde bald ein gewichtiger Protest aus allen Kreisen der Wissenschaft und der Praxis erhoben.

Dem Reichsgericht ist die Rechtsprechung mehrerer Land- und Oberlandesgerichte gefolgt.

Erwähnt sei hier das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 30. März 1904,[4]) das ausführt: Die Äuße-

[3]) E. R. C., Bd. 51, S. 120 ff.

[4]) Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung des Oberlandesgerichts, Bd. 9, S. 284.

rungen der mitbeklagten Ehefrau lassen die Annahme zu, daß dieselbe die bestehende Schuld als Selbstschuldnerin neben ihrem Manne übernommen habe. Eine solche Schuldübernahme steht aber einer Bürgschaft nicht nur wirtschaftlich gleich, sondern sie ist von der Bürgschaft, insbesondere von der Verbürgung als Selbstschuldner auch innerlich so wenig verschieden, daß es sinnwidrig und für die Rechtssicherheit höchst bedenklich wäre, wollte man für beide Verpflichtungsarten verschiedene Formvorschriften gelten lassen.

Im September 1905 entschied das Oberlandesgericht Bamberg im gleichen Sinne.[5])

„Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft sind einander so ähnlich, daß die Unterscheidung für nicht Rechtskundige sehr schwierig ist."

Dagegen kann nach dem Oberlandesgericht Köln (Urteil vom 4. Oktober 1902) der obenerwähnten Entscheidung des Reichsgerichts nicht beigetreten werden.[6]) „Die Ausdehnung der Bürgschaftsform auf die kumulative Schuldübernahme läßt sich schwerlich aus dem Grunde rechtfertigen, daß diese beiden Schuldverhältnisse — trotz ihrer spezifischen Besonderheit im Wesen und Grunde — regelmäßig in ihren materiellen Wirkungen höchst ähnlich sind.[7]) Noch weiter geht das Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 6. April 1903, wenn es sagt: „Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft haben nicht notwendig denselben wirtschaftlichen Charakter; die erstere hat viel häufiger einen gesunden wirtschaftlichen Beweggrund als dies bei der Bürgschaft der Fall sein wird."

Wie verhält sich nun zu diesen Ergebnissen der Praxis die Theorie?

Wenn man noch nicht einig ist, wie man die kumulative Schuldübernahme als ein Rechtsgeschäft eigener Art

[5]) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrg. 1906, S. 46.

[6]) Mugdan u. Falkmann, Rechtsprechung, Bd. 8, S. 84.

[7]) Cf. Hanseatische Gerichtszeitung, 27. Jahrg., S. 185 (Urteil des OLG. Hamburg 28. April 06); Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrg. 06, Nr. 14, S. 298 (Urteil des LG. München 25. April 06); sie haben in ähnlichem Sinne entschieden.

anerkennen soll, ist man über eine klare Bezeichnung, die den Bedürfnissen des täglichen Lebens, wie auch der Wissenschaft gleich Rechnung trüge, bei ihr erst recht im Zweifel. Das Reichsgericht spricht meist nur von einer „sogenannten kumulativen Schuldübernahme". Westerkamp betitelt sein Werk: Bürgschaft und Schuldbeitritt".[8]) Hinwieder will Reichel „Schuldmitübernahme" im Gegensatz zu der im BGB. geregelten „Schuldnachübernahme" (bisher privative Schuldübernahme) als das geeignete Wort vorschlagen.[9]) Welche dieser Bezeichnungen schließlich als die beste einmal sich durchsetzen dürfte, wollen wir hier nicht entscheiden, sondern uns an die durch unser Thema gegebene „kumulative Schuldübernahme" einfach halten.[10])

An der Spitze der Autoren, die eine kumulative Schuldübernahme in ihrer Eigenart leugnen, ist v. Blume zu nennen.[11]) „Das Gesetzbuch regelt die kumulative Schuldübernahme unter dem Titel „Schuldübernahme" nicht, ermöglicht sie aber nichtsdestoweniger. In der Lehre von der Bürgschaft wird im § 773 die Verbürgung als Selbstschuldner erwähnt. Das ist die „bestärkende" Schuldübernahme des Gesetzes. Es kann nur gebilligt werden, daß sie als Unterart der Bürgschaft behandelt wird; denn Verbürgung ist ihr praktischer Zweck." Ebenso Witte: „Wozu würde es führen, wenn man Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme nebeneinander bestehen ließe!"[12])

[8]) Gebilligt durch v. Tuhr, Deutsche Juristenzeitung 08, S. 1177 und Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch, Bd. 1, 2. Abt., 1. Hälfte, S. 223.

[9]) Strohal (Iherings Jahrbuch B. 57) kritisiert diese Bezeichnung alerdings folgendermaßen: Schuldmitübernahme drückt das nicht aus, was ausgedrückt werden soll. Mitübernehmen bedeutet so viel als mit einem oder mehreren zusammen übernehmen, weist aber durchaus nicht darauf hin, daß der Übernehmer neben dem bisherigen Schuldner haften soll. Aus ähnlichem Grunde ist auch die üblich gewordene Bezeichnung „kumulative Schuldübernahme" nicht einwandfrei.

[10]) Martinus Gruchot, Beiträge, Bd. 49, S. 183 und Salinger (Kohlers Archiv, Bd. 28, S. 81) sind beide für die bisherige Bezeichnung.

[11]) Jherings Jahrbücher, Bd. 39, S. 426.

[12]) Posener Monatsschrift, Jahrg. 6, S. 71.

Endlich meint v. Tuhr: Die kumulative Schuldübernahme, „ein an sich zulässiges Rechtsgeschäft", könne sich nicht wesentlich im Effekt von der Bürgschaft unterscheiden.

Wenn A. dem X. sage, er wolle für die Schuld des B. einstehen, betrachtet er dabei die Schuld des B. als fremde (Bürgschaft) oder als nunmehr eigene (kumulative Schuldübernahme)? Daher scheint es ihm zweifelhaft, ob überhaupt neben der an die Schriftform gebundenen Bürgschaft die formlose kumulative Schuldübernahme im Bürglichen Gesetzbuch einen Platz finden kann. Immerhin weist er die Möglichkeit, ein derartiges Rechtsgeschäft theoretisch zu konstruieren, nicht von der Hand.

Nur sehr wenige Autoren übergehen die kumulative Schuldübernahme ganz mit Stillschweigen.[13]) Wüstner stellt in seiner Dissertation[14]) die Frage: Gibt es eine kumulative Schuldübernahme? und verneint sie, indem er kurzer Hand dieses Geschäft je nach Bedarf mit einem der übrigen im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypen identifiziert.

Gesetzlich ausdrücklich anerkannt war ein Fall von kumulativer Schuldübernahme im sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1402 ff.), wie Tränkner in seiner Abhandlung über die Schuldübernahme ausführt.[15]) Es war dies ein Vertrag zwischen dem alten Schuldner und einem Dritten, dem zwar der Gläubiger nach den Grundsätzen über Verträge zugunsten Dritter beitreten konnte, der jedoch auch im Falle seines Beitritts keine Befreiung des bisherigen Schuldners von seiner Schuld begründete, sondern nur zur Folge hatte, daß der Gläubiger nunmehr neben dem bisherigen Schuldner auch den Schuldübernehmer in Anspruch nehmen durfte.[16]) Weiter wollen wir unter den

[13]) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 43, S. 559.

[14]) Diss. Heidelberg 06.

[15]) Sächsisches Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 7, S. 593.

[16]) Weiter unten ist zu untersuchen, ob man hierin einen gültigen kumulativen Schuldübernahmevertrag nach heutiger Anschauung sehen kann.

verschiedenen Äußerungen über kumulative Schuldübernahme hervorheben diejenige Birkenbihls.

Er unterscheidet zwischen einer kumulativen Schuldübernahme schlechthin, die er in Ermangelung einer gegenteiligen gesetzlichen Bestimmung für zulässig hält und einer „accessorischen Schuldübernahme". Erstere unterscheidet sich wesentlich von der Bürgschaft, letztere dagegen trägt „Bürgschaftscharakter".[17]) Oertmann[18]) legt dar: Die Zulassung der kumulativen Schuldübernahme ergibt sich (aus der den Parteien grundsätzlich zustehenden Dispositonsfreiheit, sowie) aus der Anerkennung von Verträgen auf Leistung an Dritte, zu denen sie in der Regel zu zählen sein wird.

Dernburg schreibt zwar[19]) „kumulative Schuldübernahme kann ähnliche Zwecke wie eine Bürgschaft verfolgen, ist jedoch rechtlich und begrifflich von ihr verschieden", aber er fügt hinzu „in den meisten Fällen ist eine bloße Verbürgung, also eine, von der Verbindlichkeit des Schuldners abhängige Verpflichtung beabsichtigt.

Charakter der kumulativen Schuldübernahme.

§ 3. Die kumulative Schuldübernahme, ein Gesamtschuldverhältnis.

Wie man sieht, ist die kumulative Schuldübernahme in Lehrbuch und Kommentar eingedrungen, und nicht zum wenigsten hat das Urteil des Reichsgerichts, welches versuchte, sie mit einem Schlage aus der Welt zu schaffen, ihr zu neuem Dasein verholfen, ja, mit der Zeit ist sie immer selbständiger aufgetreten. Völlig anerkannt haben sie u. a. Pincus, Brattig, Wolf in ihren Dissertationen.[1]) Wester-

[17]) Das Recht, Bd. 7, S. 286.
[18]) Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1910, Bd. 2, S. 330.
[19]) Bürgerliches Recht, 4. Aufl. 09, S. 433, Bd. II/1.
[1]) a) Diss. Rostock 07, b) Diss. Leipzig 07, c) Diss. Würzburg 08.

kamp hat den Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme eingehend untersucht.[2]) Neuerdings wurde ihr auch von Reichel eine umfangreiche Monographie gewidmet.[3])

Es erscheint unnötig, über die Berechtigung an sich einer kumulativen Schuldübernahme zu streiten, ohne zunächst wenigstens den Versuch gemacht zu haben, sie juristisch zu konstruieren. An Meinungen und Ansichten hat es auch hier nicht gefehlt. Zunächst stellt Rehbein[4]) auf: Kumulative Schuldübernahme als den vertragsmäßigen Eintritt eines Dritten als Mitschuldner in ein bestehendes Schuldverhältnis und setzt dies in seiner Wirkung der des Constitutum debiti alieni gleich. Nach Windscheid[5]) ist die kumulative Schuldübernahme ein Vertrag meist zwischen Gläubiger und Übernehmer; je nach der Causa dieses Vertrages will er nun unterscheiden, ob vorliegt im einzelnen Fall: Einfache Bürgschaft, selbstschuldnerische Bürgschaft oder Gesamtschuldnerschaft. Nach Müller-Meikel[6]) kommt kumulative Schuldübernahme zustande, wenn zwischen Gläubiger und einem Dritten ein Vertrag des Inhalts geschlossen wird, daß der Dritte als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner eintreten soll. Stammler[7]) hat ebenfalls der Gesamtschuldbegründung den wesentlichsten Teil bei Begründung der kumulativen Schuldübernahme zugewiesen: „Der neue Schuldner tritt in das Schuldverhältnis als regelmäßiger Gesamtschuldner." Hellwig[8]) führt aus: „Schon im gemeinen Recht war ganz überwiegend anerkannt, daß eine solidarische Obligation in der bezeichneten Weise: „Eintritt eines neuen Schuldners in das Urschuldverhältnis ohne Befreiung des

[2]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 08.
[3]) Schuldmitübernahme, München 09.
[4]) BGB. 03, 2. Bd., S. 415.
[5]) BGB. 06, S. 406.
[6]) Bürgerliches Recht, 2. Aufl., I. Bd., S. 313.
[7]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 207, Nr. 1.
[8]) Verträge auf Leistung an Dritte 99, S. 176/177.

alten Schuldners entstehen kann.“ Westerkamp[9]) sagt: „Es ist überall, wo in der Literatur und der Praxis — mit Ausnahme allein der Praxis des Reichsgerichts — die selbständige Existenz des Schuldbeitritts neben der Bürgschaft und die Unterscheidbarkeit der Tatbestände beider anerkannt wird, unbestritten, daß der Schuldbeitritt ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem früheren Schuldner und dem Beigetretenen bewirkt.

In ähnlicher Weise haben sich ausgesprochen Crome (System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 868, Nr. 3), Siméon (Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 08, S. 324).

Enneccerus-Kipp-Wolff (Lehrbuch S. 223). Matthias (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910, S. 254). Plank (Kommentar zum BGB., 3. Aufl., 2. Bd. 07, S. 293, Anm. 2 a).

Landsberg (Recht des BGB. 04, Bd. 1, S. 378, Anm. 1). Goldmann-Lilienthal (das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., 1. Bd., S. 450, Anm. 5).

Die angeführten Autoren dürften genügen, um das vorläufige Ergebnis zu rechtfertigen: Es ist möglich, daß ein Dritter in ein schon bestehendes Schuldverhältnis in der Weise eintritt, daß er neben dem alten Schuldner auf die gleiche Leistung wie dieser sich verpflichtet.

Alsdann haften der neue Schuldner und der alte dem Gläubiger als Gesamtschuldner. Wie dieser Eintritt sich vollziehen kann, und wie die Haftung des neuen Schuldners im Verhältnis zum alten dem Gläubiger gegenüber im einzelnen sich gestalten mag, soll erst später erörtert werden. Da es feststeht, daß bei der kumulativen Schuldübernahme das Gesamtschuldverhältnis von großer Wichtigkeit ist, erscheint es zunächst unerläßlich, eine kurze Übersicht über Entwickelung, Wesen und Gestaltung der Gesamtschuldnerschaft zu geben.

[9]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 191.

§ 4. Charakter der Gesamtschuldverhältnisse nach dem BGB.

In den römischen Quellen behaupteten [1]) Keller und Ribbentrop,[2]) zwei Arten der Gesamtschuldbegründung gefunden zu haben: die Korreal- und die Solidarobligationen. Der Unterschied zwischen beiden war folgender: Bei der Korrealschuldnerschaft verpflichteten sich mehrere durch einen und denselben Vertrag zu ein und derselben Leistung: una obligatio, plures rei, während bei den Solidarobligationen mehrere sich besonders zu ein und demselben Leistungsgegenstand verpflichteten: Plures obligationes, una res. Daher befreiten bei der Korrealobligation alle Vorgänge, die einen Korrealschuldner betrafen und ihn aus dem Schuldnexus entließen, auch die anderen Korrealschuldner. Bei den Solidarschuldnern war es umgekehrt. Im übrigen war es fast durchweg bestritten, welche Gesamtschuldverhältnisse zu den Korreal-, welche zu den Solidarobligationen gehörten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Unterschied nicht anerkannt. Vgl. die Motive (Bd. 2 S. 154): „Der Entwurf ist dem Zug der modernen Gesetzgebung gefolgt und kennt demgemäß nur eine Art der Gesamtschuldverhältnisse." Aber von neuem ist in der Wissenschaft Zwiespalt über die rechtliche Auffassung dieser Gesamtschuldnerschaft entstanden. Nach der einen Ansicht stellt sie sich dar als „eine Einheit des subjektiven Bestandes der Obligation bei der Mehrheit ihrer subjektiven Beziehungen", so die Einheitstheorie,[3]) oder sie erweist sich als „ein Aggregat mehrerer Einzelobligationen", die natürlich durch ein gewisses Etwas zusammengehalten werden. Dieses zusammenfassende Moment wird fast von jedem Autor verschieden definiert. Es kann nicht unsere Aufgabe sein,

[1]) Litiskontestation und Urteil, S. 446 ff.
[2]) Zur Lehre von den Korrealobligationen (1834).
[3]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. 28.

auf die verschiedenen Abarten gerade der Mehrheitstheorie einzugehen. Wir haben zu untersuchen, welcher der beiden großen Richtungen unser Gesetzbuch bei der Konstruktion seiner Gesamtschuldnerschaft im ganzen gefolgt ist.

Der Entwurf I stand gewiß auf dem Boden der Mehrheitstheorie. Dies beweisen besonders die — allerdings später gestrichenen §§ 321 und 322: „Gesamtschuldverhältnis liegt vor bei Vorhandensein mehrerer Schuldner, deren jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, während die Leistung nur einmal zu geschehen hat" (§ 321). Noch deutlicher sagt § 322: „Der eine ... Gesamtschuldner kann schlechthin, der andere unter einer Bedingung und Zeitbestimmung oder jeder unter einer anderen Bedingung und Zeitbestimmung (berechtigt) verpflichtet sein." Klarer kann nicht ausgesprgochen werden, daß trotz eines Gesamtschuldverhältnisses jede Obligation scharf von der anderen sich abheben soll. Darum wirken auch nur in der Person des Gesamtschuldners, in der sie eintreten: Kündigung, Mahnung, Verzug — und zwar sowohl Leistungs- wie Annahmeverzug —, ferner Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung, Unterbrechung der Verjährung, ein gegen einen Gesamtschuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil, sowie Konfusion von Forderung und Schuld in einer Person (cf. Entwurf I §§ 325—336). Ebenso konsequent war dagegen die Gesamtwirkung durchgeführt in einem Punkte, auf den alle einzelnen Schuldverhältnisse gleichzeitig hinzielen: In der Erfüllung und den Erfüllungssurrogaten, Hinterlegung, Leistung an Erfüllungsstatt und Aufrechnung. Diese reinliche Scheidung ist in der endgültigen Fassung des Gesetzes etwas verwischt. §§ 321—322 wurden gestrichen, §§ 325—336 wurden zu dem einen Paragraphen (§ 425) zusammengezogen. § 424 BGB. läßt den Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirken, weil „diese Anschauung die herrschende sei".[4]) Nichtsdestoweniger blieb

[4]) Aus dem Entwurf I. Abgedruckt bei Scheerer, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Buch 89, S. 399.

das Prinzip der Mehrheitstheorie, die einzelnen Obligationen sind selbständig, sie können recht verschiedene Schicksale haben, aber sie werden trotzdem von einem außerordentlich starken Bande zusammengehalten: dem gleichen Zwecke. Sie sollen alle der Erfüllung derselben Leistung dienen; sowie dies einmal geschehen ist, werden hinfällig, so viele ihrer einzeln noch bestehen. Aus einem bestimmten wirtschaftlichen, sozialen Interesse tritt das Genus, die Schuld in diesem Falle an Stelle der Spezies, der einzelnen Schuldverhältnisse: Wird der Schuld Genüge getan, so haben die einzelnen Schuldverhältnisse keine Existenzmöglichkeit mehr.

Dem § 425 BGB. wurde außerdem durch die zweite Kommission [5]) ein Zusatz gegeben, der vor allem geeignet scheint, eine genaue Abgrenzung der Gesamtschuldnerschaft gegenüber anderen ähnlichen Rechtsgebilden außerordentlich zu erschweren.

Es heißt nämlich: „Andere als in den §§ 422—424 BGB. bezeichnete Tatsachen wirken nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten — soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt. Die Motive begründen das Einschieben dieses Satzes wie folgt: „Das Prinzip (des selbständigen und unabhängigen Charakters der Einzelverpflichtungen) bedürfe insofern einer Einschränkung, als es möglicherweise nach dem Inhalte des konkreten Gesamtschuldverhältnisses, insbesondere nach dem mit der Begründung desselben angestrebten Zwecke gerechtfertigt erscheine, auch die Wirkungen anderer Tatsachen auf alle Gesamtschuldner zu erstrecken."

Diese Idee hatte an und für sich seinen Grund. Unter dem allgemeinen Titel „Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern" sollten ja im BGB. für ein Gesamtschuldverhältnis nur gewisse Richtlinien gegeben werden; aber die Richtlinien mußten immerhin so bestimmt sein, daß im

[5]) Aus den Motiven zum Entwurf 2, abgedruckt bei Scheerer, S. 400.

konkreten Falle mit Sicherheit entschieden werden konnte, ob irgend eine Mehrheit von Obligationen sich in die von ihnen gezogenen Grenzen natürlich einfügte oder nicht. Die Gesamtschuld schlechthin trägt eben zu viel Individuelles, Eigenartiges in ihrer Begründung, ihrem Bestehen und Erlöschen an sich, als daß sie jedem „angestrebten Zwecke" dienstbar zu machen wäre.

§ 5. Stellung der kumulativen Schuldübernahme innerhalb der Gesamtschuldverhältnisse.

Der Zusatz zu § 425 BGB. „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt" ist von großer Bedeutung für die Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme. Ein kurzes Beispiel möge dies, wenn auch der Entwickelung unseres Themas etwas vorgreifend, erläutern: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme gehören beide zu den Interzessionen, bei beiden tritt ein neuer Verpflichteter neben den alten, bisherigen Schuldner, und zwar knüpft er an die bestehende Schuld unmittelbar an, so daß seine Verpflichtung durch den Stand der anderen irgendwie beeinflußt werden muß. Hier liegt gerade das Charakteristikum der Interzession. Nun ist die Stellung des Bürgen zum Hauptschuldner gesetzlich genau geregelt. So kann er nach § 768 BGB. die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.

Nach dem § 425 BGB. ist es aber durchaus zulässig, daß bei einer kumulativen Schuldübernahme die Parteien vereinbaren, der Übernehmer solle auch künftighin alle Einreden des bisherigen Schuldners: der Verjährung usw. haben. Alsdann wird aber der die Schuld kumulativ Übernehmende dem selbstschuldnerischen Bürgen äußerlich fast gleich stehen.

Es ist begreiflich, wenn Birkenbihl[1]) hier von einer „accessorischen" Schuldübernahme redet, die Bürgschafts-

[1]) Das Recht 03, S. 286.

charakter trage und darum der Schriftform bedürfe. Noch weiter geht Oertmann[2]); er rechnet die Verpflichtung des Bürgen neben der des Hauptschuldners nicht zu den eigentlichen Gesamtschuldverhältnissen; aber ebenso wenig wird nach seiner Ansicht durch die Verpflichtung des kumulativen Übernehmers ein derartiges Verhältnis begründet.

Er scheidet kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft begrifflich voneinander, doch scheinen ihm die Parallelen zwischen den beiden Rechtsgeschäften so ausgeprägt zu sein, daß er, wenn letztere außerhalb des Gesamtschuldverhältnisses steht, er auch erstere ausnehmen zu müssen glaubt. Es sprechen aber für die Zugehörigkeit der kumulativen Schuldübernahme unter die Gesamtschuldübernahme starke und unzweifelhafte Indizien. Sie ergeben sich aus obigen Ausführungen. Der Übernehmer will die Schuld des bisherigen Schuldners nicht abnehmen, sondern auf sich nehmen; er will genau die gleiche Leistung bewirken, wie der bisherige Alleinschuldner. Der Gläubiger soll aber diese Leistung nicht doppelt erhalten; nach wie vor soll er sich zufrieden geben, wenn seinem Forderungsrecht einmal Genüge geschehen ist. Der Übernehmer unterwirft sich völlig unter die bestehende causa debendi. Das ist jedoch die Rechtslage, wie sie in § 421 BGB. ausgedrückt ist; mehrere schulden eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken sich verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Das Gesetz kennzeichnet dieses Verhältnis besonders durch das Wort: „Gesamtschuldner". Fassen wir die bestehende kumulative Schuldübernahme hiernach als ein Gesamtschuldverhältnis auf, so wird die eindeutige Bestimmung, wo sie als vorliegend beachtet werden muß und wo nicht — soweit sich dies überhaupt als möglich erweisen wird — von der richtigen Interpretation des § 425 BGB. in der Hauptsache abhängen. Allerdings ist der Vertrag, der den Übernehmer zu derselben Leistung neben dem Urschuldner verpflichtet, der springende Punkt bei der Entstehung der kumulativen Schuldübernahme.

[2]) Oertmann, Commentar, 3. Aufl. 1910, S. 331.

Darum müssen auch in erster Linie die Regeln der Gesamtschuldverhältnisse auf dieses Rechtsgeschäft anwendbar sein.

Dabei ist es gleichgültig, ob die Begründung der Gesamtschuld gleichzeitig mit oder erst nach der Entstehung der Hauptschuld erfolgt.[3]) Die Quellen bezeichnen es als belanglos, wenn ein Gesamtschuldner sich später verpflichtet: „Nam parvi refert, simul spondent, an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur: neque ulla novatio fiat." (l. 3. pr. D 45,2.) Nun liegt gerade in Anlehnung an ein schon bestehendes Schuldverhältnis die Besonderheit der kumulativen Schuldübernahme. Hier erscheint sie als Interzessionsgeschäft. Demgemäß wird die Gesamtschuldbegründung, wie Reichel [4]) sich ausdrückt, „qualifiziert" sein durch ein an und für sich ihr fremdes Element. Dieses wird zur Geltung kommen, je nachdem die Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse zwingend sind oder nur dispositiv (§ 425). Reichel faßt dieses Ergebnis in folgender Formel zusammen [4]): „Auf die Mitübernehmschaft findet Gesamtschuldrecht Anwendung, mit denjenigen nach Gesamtschuldrecht zulässigen Besonderheiten, welche durch die Sätze über Interzession geboten sind."

Begründung der kumulativen Schuldübernahme:

Durch Rechtsgeschäft: Vertrag.

a) Charakter dieses Vertrages.

§ 6. Die kumulative Schuldübernahme ist, wie die privative, ein causales Rechtsgeschäft.

Nachdem wir den Charakter der kumulativen Schuldübernahme in großen Umrissen dargestellt haben, beschäf-

[3]) Im gemeinen Recht teilweise nicht anerkannt. Cf. Windscheid Pandekten, 9. Aufl. 06, S. 197, Anm. 3.

[4]) Reichel, Schuldmitübernahme, S. 65.

tigen wir uns jetzt im Einzelnen mit ihren Arten und Formen.

Aus dem bisher Gesagten geht schon hervor, daß immer drei Personen beteiligt sein müssen, wenn kumulative Schuldübernahme irgendwie in Frage kommen soll. Diese sind der Gläubiger und der Schuldner des ursprünglichen Schuldverhältnisses; dazu kommt ein Dritter, der diese bereits bestehende Schuld kumulativ übernimmt.

Hierin gleichen sich alle Interzessionsgeschäfte: sie sind sämtlich „dreieckige Verhältnisse". Soll aber einmal im konkreten Falle ein solches Verhältnis geschaffen werden, dann brauchen zunächst nur zwei Personen A. und B. zu vereinbaren, daß B. eine Schuld, sei es die des A. oder eines anderen, neben dem alten Schuldner übernehme. Zu dieser Vereinbarung kann dann ein Dritter in irgend welche Beziehungen treten. Also bildet bei der kumulativen Schuldübernahme das Fundament ein Vertrag, der geschlossen werden kann, entweder

1. zwischen Übernehmer und Gläubiger oder
2. zwischen Urschuldner und Übernehmer.[1])

Über das Wesen dieses Vertrages wird zunächst ausführlich zu sprechen sein.

Die mannigfachen sehr bestrittenen Fragen, die hierher gehören, knüpfen zum großen Teil wieder an das in der Einleitung mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts (vom 20. März 1902) unmittelbar an. Birkenbihl[2]) war unter den ersten, die die Begründung des Reichsgerichts bekämpften: „die kumulative Schuldübernahme bedürfe der Schriftform, weil dieselben legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift des § 766 BGB. geführt hätten, auch für sie zuträfe". „Aber, so meint er, wäre es nicht möglich, daß die kumulative Schuldübernahme aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte der Schriftlichkeit bedürfe? Kann man in ihr nicht

[1]) Reichel (S. 159) kennt einen Vertrag zwischen Gläubiger, Übernehmer und Urschuldner. Dieser löst sich aber nach den beiden oben genannten Verträgen hin im wesentlichen auf.

[2]) Recht 03, S. 287.

ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 788 BGB. finden?“ Zur Begründung seiner Ansicht führt er an, daß „der Schuldner bei der kumulativen Schuldübernahme dem Gläubiger eine Leistung verspricht ohne rechtlich erkennbaren Schuldgrund. Der die Schuld Übernehmende wird hierzu allerdings wohl einen Grund haben, dieser wird aber regelmäßig nicht im Verhältnis des Übernehmers zu dem Gläubiger, sondern zu dem früheren Schuldner liegen, und keines Falles wird bei der Schuldübernahme der Grund, aus welchem versprochen wird, wie bei den causalen Rechtsgeschäften Teil des Vertrages derart, daß dieser von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der causa abhängig ist. Durch die Schuldübernahme soll die Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber selbständig begründet werden.“

Dagegen haben sich fast zu gleicher Zeit David[3]) und Josef[4]) gewandt. David will zwar die kumulative Schuldübernahme analog der privativen als einen sogenannten abstrakten Vertrag aufgefaßt wissen, d. h. einen Vertrag, der rechtswirksam wird, ohne daß es auf den „Rechtsgrund“, die Causa des Vertrages ankommt. Damit sei aber in keiner Weise gesagt, daß das im abstrakten Vertrag übernommene Schuldverhältnis ein abstraktes Schuldversprechen sein müsse; denn ein abstraktes Schuldversprechen könne nur angenommen werden, wenn es in der Absicht der Parteien läge, eine Verpflichtung zu begründen, die von dem im einzelnen Fall vorliegenden „Verpflichtungsgrund“ unabhängig wäre. Also: der Vertrag ist wirksam, ohne daß es auf seinen „Rechtsgrund“ ankommt, dagegen ist die Verpflichtung der betreffenden Partei nicht von ihrem „Verpflichtungsgrunde“ unabhängig, „weil bei der kumulativen Schuldübernahme nicht die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses gewollt ist, sondern eine bestehende Schuld mit dem ihr anhaftenden Schuldgrunde übernommen wird“.

[3]) Cf. Das Recht 03, S. 356.

[4]) Cf. Deutsche Juristenzeitung 03, S. 422/23.

Ähnlich sucht Josef zu beweisen, daß ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. bei der kumulativen Schuldübernahme nicht vorliegen könne; außerdem verwahrt er sich mit Recht gegen die Aufstellung Birkenbihls, daß es sich nur um ein Schuldversprechen handeln könne, „wenn die von einem Beteiligten übernommene Verpflichtung unter keines der im BGB. geregelten Rechtsverhältnisse fällt".

Silbermann äußert sich hierzu:[5])

„Bei der kumulativen Schuldübernahme handelt es sich nicht um die Begründung einer von einem bestimmten Verpflichtungsgrunde losgelösten Verbindlichkeit. Wann und insoweit eine Verbindlichkeit besteht, soll eine Verpflichtung des Schuldübernehmers begründet werden, nicht aber eine Verpflichtung losgelöst vom Rechtsgrunde." Er ist, wie man sieht, konsequent und läßt nicht einen Vertrag ohne Rücksicht auf seinen Rechtsgrund gültig sein, obwohl die Verpflichtung einer Partei niemals unabhängig von ihrem Verpflichtungsgrund sein darf. Denn, welchen Unterschied soll man zwischen „Rechtsgrund" und „Verpflichtungsgrund" eines Vertrages statuieren? Ist nicht der Grund, auf dem das Recht des Vertrages beruht: z. B. Kauf derselbe, auf dem die Verpflichtung einer Partei, bildlich gesprochen, aufgebaut ist? und sind nicht alle beide Causa? Ob die kumulative Schuldübernahme unter § 780 BGB. fällt oder nicht, wird wohl endgültig nur beantwortet werden können, wenn festgestellt ist, daß sie überhaupt zu den abstrakten Verträgen zu rechnen ist. Ist dies möglich, dann wird die Übernahme fremder Schuld auch so erfolgen können, daß ich ein abstraktes Schuldversprechen abgebe, unter der Bedingung natürlich, daß eine fremde Schuld besteht. Ist andererseits die kumulative Schuldübernahme immer und überall ein causales Geschäft, dann wird niemals durch eine eigenartige abstrakte Verpflichtung, wie sie § 780 BGB. enthält, eine bestehende Schuld kumulativ übernommen werden können. Um indessen zu zeigen, wie

[5]) Cf. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 68, S. 369.

entgegengesetzt die Meinungen über die Natur des kumulativen Schuldübernahmevertrages sind, seien nur die Verfasser der beiden letzten größeren Arbeiten über dieses Thema erwähnt: Westerkamp zählt sie zu den abstrakten — Reichel mit allen übrigen Interzessionsarten zu den causalen Rechtsgeschäften.

Ganz wie Birkenbihl hat übrigens entschieden ein Urteil des OLG. Hamburg vom 6. November 1906:[6]) Die kumulative Schuldübernahme ist gar keine Schuldübernahme, sondern ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB.

So oft man den kumulativen Schuldübernahmevertrag als einen abstrakten darzutun suchte, hat man mit Vorliebe darauf verwiesen, daß das Interzessionsgeschäft, welches der kumulativen Schuldübernahme am nächsten verwandt sei: die private Schuldübernahme ganz unbestritten als abstraktes Geschäft anerkannt werde. In der Tat wird diese Ansicht von einer großen Zahl von Autoren geteilt, so vor allem von Endemann,[7]) Enneccerus-Kipp, Goldmann-Lilienthal, Liebe, Mathias, Müller-Meikel und von Blume (cf. Anm. unten 8—13). Dagegen haben sich außer Reichel nur Landsberg und das Oberlandesgericht Hamburg in dem bereits oben (S. 28) zitierten Urteil ausgesprochen (cf. Anm. unter 14—15). Ebenso kommt Martinius[16]) nach eingehender Untersuchung zu dem Resultat, daß sowohl privative wie kumulative Schuldübernahme causale Geschäfte seien. Er greift auf das dem römischen Recht angehörige Constitutum debiti alieni zurück, das er als ein

[6]) Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung, Bd. 14, S. 21.
[7]) Lehrbuch des Bürgerrechts, 1. Bd., 8. Aufl. 03, S. 886, Anm. 10.
[8]) Ennecerus, S. 559, § 228 IV.
[9]) G. L. Das GBG., II. Aufl. 01, S. 449, § 229 II.
[10]) Liebe, Das bürgerl. Recht, nach BGB., Bd. 1, 04, S. 312, § 110.
[11]) Mathias, Lehrbuch 00, 4. Aufl., Bd. 1, S. 468.
[12]) M. M. 04, 2. Aufl., S. 317, § 97.
[13]) v. Blume, Iherings Jahrb., Bd. 40, S. 114.
[14]) Landsberg, Recht des BGB., 04, Bd. 1, S. 377/78.
[15]) Cf. Anm. 6.
[16]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 57, S. 235, Anm. 3

unserer heutigen kumulativen Schuldübernahme analoges Rechtsgeschäft ansieht; denn durch dieses Konstitut konnte man sich mündlich zur Haftung für eine fremde Schuld neben dem Urschuldner verpflichten. Dafür war das Bestehen der fremden Schuld gesetzliche Bedingung. Der Gläubiger war deshalb genötigt, bei Anstrengung der Klage aus dem Constitutum das Bestehen der fremden Schuld oder wenigstens das Entstehen derselben zu behaupten evtl. zu beweisen. Inwieweit diese Analogie ihre Berechtigung hat, mag dahin gestellt bleiben. Es ist immer Vorsicht geboten bei einer Identifizierung römischer Rechtsgeschäfte mit unseren heutigen. Neuerdings ist wiederholt der Versuch gemacht worden, die kumulative Schuldübernahme einfach als das moderne Constitutum debiti alieni zu erklären, wenigstens soweit es sich um den Vertrag des Gläubigers mit dem Übernehmer handelt; so vor allem von Strohal.[16]) Dagegen will Wienstein [17]) zwischen der kumulativen Schuldübernahme und dem Constitutum debiti alieni einen gleichen Unterschied feststellen, wie er — unseren oben gemachten Ausführungen gemäß — zwischen einer Korreal- und einer Solidarobligation besteht. Die Obligation im Falle der kumulativen Schuldübernahme sei einheitlich; sie bleibe für beide Schuldner die gleiche; nur ein Schuldner (und zwar der Übernehmer) könne durch Rücktritt, Wandlung, Minderung oder Anfechtung auf ihre Gestaltung einwirken. Dies werde im Sinne der zwischen allen Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisse liegen. Anders im Falle des Constitutum debiti alieni, das er mit Erfüllungsversprechen verdeutscht. Hier bestehe eine zweite selbständige Obligation, deren Gegenstand nur die Erfüllung der ersten sei; zwischen ihnen sei kein weiterer Zusammenhang, als daß die Erfüllung der einen auch die andere tilge. Es kann ohne allzu weites Abschweifen von unserem Thema natürlich hier nicht zweifelsfrei festgestellt werden, in welchem Grade der Verwandtschaft innerhalb

[16]) Cf. S. 20.

[17]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 16, 17.

der großen Familie der Interzessionsgeschäfte Erfüllungsversprechen und kumulative Schuldübernahme stehen. Weiter unten werden wir kurz auf diese interessante Frage zurückkommen. Zunächst ist wichtig für uns nur der Hinweis darauf, wie sehr auch bei Begründung des Constitutum debiti alieni ein Interzedent sich auf die bestehende Schuld, für die er irgendwie eintrat, stützen konnte: Der Gläubiger mußte evtl. beweisen, daß sie überhaupt bestehe. Sollte hierin nicht ein für die Interzession typisches Merkmal zu finden sein?

Wenn Martinius in seinen zitierten Ausführungen aber zu dem Schluß kommt, die privative Schuldübernahme sei gleichfalls causal, weil ihr Zweck die Befreiung des alten Schuldner sei, so ist dies unseres Erachtens unrichtig. In der Befreiung sieht er nämlich die Gegenleistung des Gläubigers für Leistungsversprechen des Schuldübernehmers. Darauf ist zu erwidern:

Nicht die Befreiung des alten, sondern die Verpflichtung eines neuen Schuldners ist Zweck auch der privativen Schuldübernahme; ist dies erreicht, dann tritt gleichsam als wirtschaftliche Folge die Befreiung des alten Schuldners ipso facto ein. Von einer Gegenleistung an den Übernehmer kann also in diesem Sinne nicht die Rede sein.

Auch die Motive II (S. 142) haben zu der Meinung beigetragen, daß die privative Schuldübernahme ein abstraktes Rechtsgeschäft sei. Sie sagen: Der in Entwurf I §§ 314, 315 (jetzt § 414, 415 BGB.) geregelte Vertrag ist auf unmittelbaren Übergang der Schuld von dem neuen Schuldner gerichtet, nicht auf Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Schuldübernahme. Er ist, wie die Abtretung, Veräußerungsvertrag, sogenannter dinglicher Vertrag und als solcher formfrei. — Daß man auch aus diesen Sätzen die abstrakte Natur der privativen Schuldübernahme hat folgern wollen, wird offenbar, wenn man z. B. das charakteristische Zitat aus Heinsheimer[18]) liest:

[18]) Heinsheimer, Das deutsche BGB. und Badische Recht, Bd. 1, 2. Aufl., S. 210.

„Die Schuldübernahme ist als dinglicher Vertrag zugleich abstrakt gestaltet."

Der Vertrag ist ein dinglicher, kann doch nichts anderes heißen als: er hat ein gegen jeden Dritten wirkendes (dingliches) Moment, und dies ist eben bei der privativen Schuldübernahme der Übergang der Schuld. Er soll sich unabhängig davon, was sonst Inhalt des Vertrages sein mag, vollziehen.

Dieser Vollzug gibt sich kund durch die Erklärung des Gläubigers, er entlasse den A. als Schuldner und nehme B. als den eigentlich Verpflichteten für die Schuld an. Anders als die Abtretung erschöpft sich aber der Übernahmevertrag mit seiner dinglichen Wirkung nicht. Er enthält auch ein obligatorisches Moment, nämlich die Verpflichtung des Übernehmers — natürlich nicht zur Übernahme —, sondern direkt zur Leistung der Schuld des A. Wenn es sich um einen Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger handelt (BGB. § 414), bedarf dies weiter keiner Erklärung. Anders, wenn Urschuldner und Übernehmer einen Vertrag schließen (BGB. § 415). Hier liegt zunächst nur eine persönliche Verpflichtung des B. vor, die Schuld des A. zu übernehmen; darin ist zugleich das Versprechen des B. enthalten, den Gläubiger des A. zu befriedigen. Also Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329 BGB. (cf. weiter unten).[19]) Damit jedoch der eigentliche private Übernahmevertrag zustande kommt, bedarf es eines Antrags, den entweder B. selbst oder in seinem Namen[20]) A. dem Gläubiger C. macht;[21]) mit dessen Annahme spielt sich wieder der gleiche Vorgang ab, wie er oben bereits dargelegt wurde: Verfügung des Gläubigers, Übergang der Schuld vom alten auf den neuen Schuldner und persönliche Verpflichtung des

[19]) Da B. dem Gläubiger d i r e k t nichts verspricht, liegt auch kein Vertrag zu seinen Gunsten vor, nach BGB. § 328 ff.

[20]) Nach v. Tuhr ist er ex lege ermächtigt durch gültiges Zustandekommen der Erfüllungsübernahme.

[21]) Cf. Reichel, S. 187; Hellwig, Verträge, S. 178; v. Tuhr, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 557.

neuen Schuldners zur Leistung.[22]) Diese zweite Verpflichtung des B. kann nun nicht abstrakt sein; denn was will er schulden? Doch nicht die Summe, die vielleicht A. geschuldet hat, sondern d i e Schuld des A. Deshalb hat der Übernehmer auch alle Einwendungen, welche der übernommenen Schuld im Zeitpunkt der Übernahme anhaften.[23]) „Sollte man den Übernehmer haften lassen, wenn die Schuld des A., bevor der eigentliche Übernahmevertrag zwischen B. und C. abgeschlossen wurde, aus irgend einem Grunde erloschen ist!" Darf sich der Gläubiger, wenn er gegen den Schuldübernehmer klagt, etwa auf die Schuldübernahme a l l e i n stützen, oder muß er nicht etwa das Entstehen der Schuld des Urschuldners und daneben die Schuldübernahme behaupten, erforderlichenfalls beweisen?"

Deutlich genug geht aus diesen Ausführungen die weitgehende Bezugnahme der Schuld des Übernehmers auf die des Urschuldners hervor. Besteht aber eine Verpflichtung nur, wenn, insoweit eine andere bestanden hat, dann ist sie niemals abstrakt, sondern kausal. Damit kommen auch wir zu dem Schluß, die privative Schuldübernahme ist ein kausaler Vertrag.

Die private Schuldübernahme ist ein Rechtsgeschäft, dessen individuelle Existenz in Theorie, Praxis und Gesetz unzweifelhaft anerkannt ist. Die etwas eingehendere Behandlung ihres Wesens und ihrer Konstruktion ist deshalb erfolgt, um die hier gewonnenen Ergebnisse mit um so größerer Sicherheit bei der kumulativen Schuldübernahme zu verwenden, wenn bei ihrer weiteren Darstellung ähnliche Verhältnisse wie bei der privativen Schuldübernahme sich vorfinden. Strohal[24]) sagt: „Ich kann die Bemerkung

[22]) Aus dem zwischen A. und B. geschlossenen Vertrage kann B. keine Einwendungen erheben, wenn er später einen davon abgesonderten selbständigen Vertrag mit C. schließt: so erklärt sich vielleicht am ungezwungensten die vielumstrittene Bestimmung des § 417, II, BGB.

[23]) Cf. v. Tuhr, Krit. Vierteljahrsschrift, S. 558.

[24]) Strohal, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 57, S. 235, Anm. 3.

nicht unterdrücken, daß die Klarstellung des Wesens der privativen Schuldübernahme für die richtige Beurteilung der verschiedenen Fälle kumulativer Haftung zum Teil präjudiziell ist.“ Der Nutzen eines Vergleiches beider Rechtsgeschäfte tritt sofort zutage, wenn wir jetzt endgültig die Frage zu beantworten suchen: ist die kumulative Schuldübernahme ein abstrakter oder ein kausaler Vertrag? Wenn schon die privative Schuldübernahme trotz des unzweifelhaft in ihr enthaltenen dinglichen Moments — die Verfügung des Gläubigers über das ihm zustehende Forderungsrecht — ein kausales Geschäft ist, so spricht für dieselbe Annahme bei der kumulativen Schuldübernahme die Präsumption; es müßten ganz besondere Umstände vorliegen, um zu dem entgegengesetzten Schluß zu kommen. Dies ist aber nicht der Fall, im Gegenteil, der kumulativen Schuldübernahme fehlt überhaupt jedes dingliche Moment. Ein Gläubiger, der, ohne seinen bisherigen Schuldner aus dem Schuldverhältnis zu entlassen, neben diesem einen andern annimmt, trifft über seine bisherige Forderung keine Verfügung. Wenn die Annahme Westerkamps,[25]) der Gläubiger treffe über die Urschuld eine Verfügung, insofern er sich den mannigfachen Einwirkungen des neuen Schuldners auf die Urschuld unterwirft, richtig wäre, würde von der prägnanten Bedeutung dieses Wortes nicht viel übrig bleiben: denn eine „Verfügung“ muß unmittelbar die Aufhebung, Übertragung, Veränderung eines Rechts, in unserem Falle der Forderung im Gefolge haben. Dies trifft hier nicht zu. Die Urschuld bleibt ja wie bisher bestehen, und in der Tatsache, daß einem Dritten gegen die Pflicht, die gleiche Leistung wie der Urschuldner zu bewirken, auch ev. dessen Rechte zustehen: Leistungsangebot, Annahmeverzug, Aufrechnung u. s. f. kann eine unmittelbare Veränderung der Urschuld nicht erblickt werden. Der Gläubiger nimmt also lediglich den Antrag eines Dritten an, der sich ihm frei erbietet zu der gleichen Leistung, die er schon einmal zu beanspruchen hat. Aber er kann diese Leistung

[25]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 224 ff.

von Urschuldner und Unternehmer nur einmal fordern, die Schuld des ersten und die des zweiten steht im engsten Zusammenhang: sie haben beide das gleiche wirtschaftliche Ziel: die Forderung des Gläubigers einmal zu befriedigen; sie werden, wie bereits auseinandergesetzt, von diesem Gesichtspunkte aus als Gesamtschuldner betrachtet. Dies ist die Folge davon, daß bei ihrer Begründung die Schuld des zweiten nachdrücklich auf die des ersten hingewiesen hat, daß sie sich nicht nur ihre Höhe, ihre Stärken und Schwächen, sondern vor allem ihren Grund, ihre causa zu eigen gemacht hat. Der zweite schuldet, w e i l der erste schuldet. Die Verpflichtung dieses zweiten kann niemals abstrakt sein. Gesetzt selbst, die Schuld des ersten wäre eine abstrakte — z. B. aus § 780 BGB. — so muß doch die des zweiten, wenn sie zur Entstehung kommt, auf die des ersten sich stützen, in ihr ihren Grund, ihre causa finden. Reichel [26]) kommt zu dem gleichen Resultat im allgemeinen. Er unterscheidet zwischen selbstgenugsamen Verpflichtungsgeschäften. Die Selbstgenugsamen haben ihre juristische Existenz selbständig für sich. Nur bei ihnen kann man die Unterscheidung in konkret- und abstraktbestimmte Verpflichtungsgeschäfte machen. Die nicht Selbstgenugsamen dagegen bedürfen zu ihrer Entstehung immer der Beziehung zu einem bereits existenten selbstgenugsamen Geschäft, sind also immer kausal. Er nennt sie daher „Schuldbeziehungsgeschäfte" und rechnet unter sie vor allem die Interzessionen, die immer „konkretbestimmt", folglich den abstrakten Schuldgeschäften nicht beizuzählen sind.

Zu einem ganz entgegengesetzten Ergebnis: daß die kumulative Schuldübernahme immer abstrakt sei, gelangt Westerkamp.[27]) Nach seiner Ansicht gründen sich die Rechte des Gläubigers gegen den Beigetretenen nicht auf den Beitrittsvertrag, sondern unmittelbar auf das zwischen dem Gläubiger und dem Erstschuldner bisher allein be-

[26]) Schuldübernahme, S. 177 ff.

[27]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 202—233.

stehende Schuldverhältnis. „Nicht der Schuldbeitritt begründet ein Schuldverhältnis," also ist er ein dinglich wirkender, mithin abstrakter Vertrag. Unseres Erachtens ist Westerkamp von der richtigen Anschauung ausgegangen, daß durch den Übernahmevertrag ein an sich neuer Schuldgrund nicht geschaffen werde; deshalb glaubte er aber einen solchen überhaupt verneinen zu müssen und versuchte es mit der Konstruktion eines abstrakten Vertrages. Übrigens kommt er auf Grund der Tatsache, daß „der Beitritt" zu einer Schuld aus Kauf den Beigetretenen zum Schuldner aus Kauf macht, ebenfalls zu dem Schluß, „der Beigetretene und der Erstschuldner sind Gesamtschuldner" (cf. S. 233).

Oertmann [28]) unterscheidet von „abstrakten Geschäften die abstrakt abgegebenen Versprechen, welch' letztere darum, wenn sie in Beziehung auf eine bestehende Schuld abgegeben werden, inhaltlich sehr wohl individualisiert sein können". Bei der kumulativen Schuldübernahme liege nun ein solches vor. Wir haben aber darzulegen versucht, daß ein Versprechen, das in Beziehung auf eine bestehende Schuld abgegeben wird, dadurch immer kausal wirkt.

Die kumulative Schuldübernahme ist also ein kausales Rechtsgeschäft.[29]) Dies Ergebnis wird auch späterhin von Wichtigkeit sein, wenn der Tatbestand der kumulativen Schuldübernahme mit dem der Bürgschaft zu vergleichen sein wird. Da beide kausale Verträge sind,[30]) muß ein Unterschied, falls er besteht, nicht aus der Natur dieses Vertrages, sondern aus seinen Wirkungen, seinem Zweck sich ergeben.

---

[28]) Oertmann, Kommentar, 3. Aufl., 10, S, 331.

[29]) § 780 BGB. kann folglich niemals auf sie angewandt werden.

[30]) Daß die Bürgschaft kausaler Vertrag ist, wird durchweg nicht bestritten; cf. Reichel, S. 179; dagegen Westerkamp, S. 233.

§ 7. Ist der kumulative Schuldübernahmevertrag ein Schenkungsvertrag.

Den Ausführungen Birkenbihls, daß die kumulative Schuldübernahme ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. wäre, hat Hellbach[1]) im ganzen zugestimmt, ja er glaube noch weiter gehen zu müssen und verlangte für die kumulative Übernahme einer Schuld nach § 518 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung; „denn es handelt sich bei ihr um ein Schenkungsversprechen". Er argumentiert nach einem praktischen Fall ungefähr so: Wenn der Gläubiger C. mit B. einen Vertrag schließt, dahingehend, daß B. die Schuld des A. übernehmen solle, so erhält er, ohne daß er seinerseits ein Entgelt zu leisten hätte, einen neuen Schuldner, ein neues Forderungsrecht. Wird nun die Forderung des C. gegen A. unbeitreiblich, so ist, wenn B. infolgedessen zahlt, C. bereichert worden. Ja die Bereicherung des C. ist schon eingetreten dadurch, daß B. die Leistung versprochen hat. Liegt hier nicht der Tatbestand des § 516 BGB. vor? Die Zuwendung an den Gläubiger ist allerdings unentgeltlich erfolgt — aber ist er durch sie wirklich bereichert worden? Seine ursprüngliche Forderung ging doch gegen den A. und diese Forderung war ein Bestandteil seines Vermögens geworden, für sie hatte er — in der Regel — andere Vermögensgegenstände hingegeben. Und selbst, wenn C. von A. diese Zuwendung unentgeltlich erhalten hat, wäre nichts geändert. Hätte A. dem C. eine Leistung durch Vertrag schenkweise versprochen, so wäre gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich (§ 518 BGB.). Aber mit diesem Augenblick hätte C. ein Forderungsrecht gegen A. auf Vollzug der Schenkung, ist mithin sein Gläubiger. Übernimmt ein Dritter die Leistung, die A. dem C. schuldet, und befriedigt den Gläubiger auch wirklich, so kann er ihn dadurch niemals

[1]) Cf. Das Recht 03, S. 335.

bereichern;[2]) denn er realisiert nur, was schon vorher dem Vermögen des C. angehört hat: die Forderung. Mag diese nun auf einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Verpflichtung des Schuldners A. beruhen. „Dem Gläubiger", sagt Martinius,[3]) „wird durch die Leistung des ihm Geschuldeten seitens eines anderen niemals etwas geschenkt, er erhält nur, was ihm gehört: suum recipit." Ebenso Josef:[3]) „Verträge, die zwar eine unentgeltliche Zuwendung zum Gegenstand haben, aber nicht animo donandi geschlossen sind, fallen nicht unter den Schenkungsbegriff. Die derzeitige Unbeibringlichkeit einer Schuld hebt deren Existenz nicht auf; wer für einen zahlungsunfähigen Schuldner interzediert, beschenkt daher den Gläubiger nicht mit einer Forderung gegen seine Person." [2]) „Neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo." (1. 19. D. 38. 5.) Darum gilt, was wir eben in bezug auf die kumulative Schuldübernahme festgestellt haben, für alle anderen persönlichen Interzessionen: die privative Schuldübernahme, die Bürgschaft, die Sicherung, die ein Dritter dem Gläubiger durch Pfandbestellung etc. leistet.[4]) Ganz anders liegt der Fall, wenn „in Kenntnis der Nichtigkeit, nicht der Unbeibringlichkeit einer Forderung, dem Gläubiger eine kumulative Schuldübernahme erklärt wird".[5]) Ein Verhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer besteht dann nur scheinbar; da die Urschuld nichtig ist und die Parteien dies wissen, so ist füglich eine „Schuldübernahme" nicht möglich. Der Gläubiger hat von dem Ur-

[2]) Cf. Gruchot Beiträge, Bd. 49, S. 188. Vergleiche auch daselbst: im Verhältnis jener beiden (Gläubigers und Übernehmers) handelt es sich lediglich um die Erfüllung bestehender Schuld.

[3]) Deutsche Juristenzeitung 03, S. 423.

[4]) Vergleiche auch Entw. I, § 439: eine Bereicherung liegt nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein anderer die Sicherheit leistet, — unrichtig David (Recht 03, S. 356: „tatsächlich bedingt die Sicherstellung einer Schuld, wenn sie von einem andern als dem Schuldner erfolgt und letzterer völlig zahlungsunfähig ist, eine Bereicherung des Gläubigers".

[5]) Martinius Gruchot, Bd. 49, S. 190.

schuldner nichts zu beanspruchen. Die Zuwendung des „Übernehmers“ — wenn sie unentgeltlich erfolgt — ist eine Schenkung an den „Gläubiger“; aber nur dies, von Interzession ist darin keine Spur mehr zu finden. Handelt es sich um ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 BGB., so ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung nötig.[6])

David[7]) will bei der kumulativen Schuldübernahme die Form des § 518 BGB. ebenfalls nicht beobachtet wissen; denn ein Schenkungsversprechen enthalte die kumulative Schuldübernahmeerklärung nicht. Wohl aber könne „unter Umständen“ in der Schuldübernahme eine Schenkung liegen. Da die Schuldübernahme ein — dinglich — abstrakter Vertrag sei, dessen Wirkung ohne weiteres eintrete, so ist mit der Abgabe der Schuldübernahmeerklärung die Wirkung als solche, d. h. die Schenkung vollzogen und erledigt. Zu demselben Resultat gelangt Westerkamp,[7]) der ja auch die kumulative Schuldübernahme als dinglich abstrakten Vertrag aufgefaßt haben will. Angenommen selbst, diese Konstruktion ist richtig, wie kann der Gläubiger durch ein bloßes Versprechen, das in der Übernahmeerklärung immer nur liegt, objektiv bereichert sein?

Vielleicht ist der Übernehmer auch insolvent oder wird es, dann mag der Gläubiger sich vergeblich zu befriedigen suchen. Wenn in der tatsächlichen Bewirkung der Leistung durch den Mitübernehmer eine Bereicherung des Gläubigers nicht gefunden werden durfte, so kann dies bei einer bloßen Verpflichtung noch viel weniger als vorliegend erachtet werden. Wird also der Gläubiger niemals bereichert, so kann unter Umständen der kumulative Schuldübernahmevertrag sich vielleicht als Schenkung an den Urschuldner darstellen. Schließen Gläubiger C. und Übernehmer B. den Übernahmevertrag, dann wird hieraus C. berechtigt, B. verpflichtet. Befriedigt B. den A., so geht kraft Cessio legis (§ 426, II. BGB.) die Forderung des C. gegen den Urschuldner auf ihn über, der Urschuldner wird ihm regreß-

[6]) Recht 03, S. 356.

[7]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 554/55.

pflichtig. Wenn aber B. von vorneherein die Absicht gehabt hat, auf die Regreßnahme zu verzichten, was hat dies mit dem Vertrag zwischen C. und B. zu tun? „Der Umstand, daß der Schuldübernehmer bei der kumulativen Schuldübernahme von der Absicht sich leiten läßt, demnächst durch Erfüllung dem Urschuldner zu schenken, ist, selbst wenn diese Absicht dem Gläubiger bekannt gegeben wird, für das Verhältnis des Gläubigers zum Übernehmer ohne allen Belang“.[8]) Der Gläubiger erhält vom Übernehmer die Leistung, die der Urschuldner eigentlich zu übernehmen gehabt hätte. Dadurch wird jedoch der Urschuldner von dieser Leistung nicht frei, dies wird er erst, wenn der Übernehmer auf den Regreß gegen ihn verzichtet. Dieser Verzicht stellt sich als eine Verfügung dar, durch die der Übernehmer unmittelbar ein ihm (jetzt oder später) zustehendes Recht aufhebe. Da der Verzicht also eine schenkweise Zuwendung schon darstellt, so bedarf er auch nicht der nur für Schenkungsversprechen vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[9]—[10])

Denkbar ist aber auch, daß zunächst die Schuldübernahme dem Urschuldner gegenüber erklärt wird.[11]) Wie dann? Brattig[12]) ist der Ansicht: wenn Urschuldner und Übernehmer durch Vertrag eine kumulative Schuldübernahme abschließen, die in Schenkungsabsicht erfolgt, so ist hierin ein Schenkungsversprechen zu erblicken; „denn es ist offenbar dasselbe, ob ich jemandem verspreche, ich schenke dir 1000. Mk oder ich verspreche, die 1000 Mk., die du dem X. schuldest, will ich bezahlen, so daß du nichts mehr zu leisten brauchst“. Dies ist zu bejahen, aber in

[8]) Martinius Gruchot, S. 189, Bd. 49.

[9]) Reichel, S. 173.

[10]) Wenn es von vornherein in der Absicht des Übernehmers lag, gegen den Urschuldner keinen Regreß zu nehmen, dann wäre privative, nicht kumulative Schuldübernahme der einfachste Weg.

[11]) Inwieweit hier ein Schuldübernahmevertrag vorliegt, wird weiter unten zu erörtern sein.

[12]) Brattig, Diss., Leipzig 07, S. 23.

dieser Form ist kein Schuldübernahmevertrag, sondern bloß eine Erfüllungsübernahme zustande gekommen (siehe unter § 11). Trotzdem liegt hier eine Schenkung nicht im eigentlichen Sinne vor, sondern eine Geschäftsbesorgung.[13]) „Diese Geschäftsbesorgung ist, wenn sie unentgeltlich erfolgt, ein Auftrag (§ 675 BGB.). Auftragsübernahme ist aber nie Schenkungsversprechen, Auftragsausführung nie Schenkungsvollzug!" Verpflichtet sich dagegen durch Vertrag B. dem A. als Gesamtschuldner auf die gleiche Schuld, die dieser dem C. schuldet, so ist dies von einem Schenkungsversprechen weit entfernt. Daß B. überhaupt einmal den C. befriedigen will, ist gar nicht gesagt. Geschieht dies aber wirklich, dann ist die Lage, wie oben schon geschildert: B. hat den Regreß gegen A., hierauf kann er wirksam verzichten; das ist vollzogene Schenkung. Durch die kumulative Schuldübernahme werden weder Urschuldner noch Gläubiger bereichert.[14]) Aber einen „Vermögensvorteil" haben sie wohl erlangt.[15]) Insbesondere der Gläubiger! da er immer an Stelle eines Schuldners deren zwei erlangt. Vermögensvorteil liegt schon vor, „wenn in irgend einer Weise die wirtschaftliche Lage und die faktische Vermögensstellung der Begünstigten gebessert wird". Der Begriff ist also weiter als der der Zuwendung. Es ist ohne weiteres einleuchtend, welche Folgen sich aus dieser Feststellung ergeben, z. B. in strafrechtlicher Beziehung für die Erfüllung des Tatbestandes der Erpressung (§ 253 StrGB.) des Betruges (§ 263 StrGB.) und der Sachhehlerei (§ 259 StrGB.).

[13]) Reichel, S. 172.

[14]) Eine besondere Ansicht vertritt Martinius bei Gruchot (49, 188): Nach ihm kann die kumulative Schuldübernahme keine Schenkung darstellen, weil bei ihr der Verlust der Forderung auf Gläubigerseite einer Vermögenseinbuße auf seiten des Leistenden entspricht. Wir kommen hierauf in § 8 zurück.

[15]) Cf. Reichel, S. 170/71.

§ 8. Die kumulative Schuldübernahme ist ein einseitig verpflichtender Vertrag.

Ist die kumulative Schuldübernahme ein kausaler Vertrag, dann muß sich hieraus die Beantwortung der Frage ergeben, ob dieser Vertrag ein ein- oder zweiseitiger ist. Der Übernehmer verpflichtet sich, neben dem Urschuldner als Gesamtschuldner auf dieselbe Leistung unter der gleichen Causa. Der Gläubiger (ob auch der Schuldner, siehe weiter unten!) nimmt dieses Anerbieten an und der Vertrag ist geschlossen. Dazu bedarf es nach Martinius jedoch noch einer Leistung auf seiten des Gläubigers[1]) und sie besteht entweder in dem Verlust der Forderung gegen den Urschuldner oder einer Abtretung der Forderung des Gläubigers gegen den Urschuldner kraft Gesetzes an den zahlenden Übernehmer. Gerade darin, daß der Übernehmer sich nur deshalb als Schuldner anbietet, weil der Gläubiger sich verpflichtet, ihm bei Zahlung seine Forderung zu übertragen, erblickt Martinius auch das kausale Moment des Übernahmevertrages. Den privativen Schuldübernahmevertrag konstruiert er ähnlich — Leistungsversprechen des Übernehmers gegen Befreiung des Urschuldners von Gläubigerseite — und zieht sie so zum Vergleich heran.[1])

Die Befreiung des Urschuldners bei der privativen Schuldübernahme ist, wie wir zu zeigen versuchten, nichts, als eine dingliche Verfügung. Sie kann daher niemals Gegenstand einer obligatorischen Verpflichtung sein. Sie ist nur die Grundlage des privativen Übernahmevertrages. Sie geht neben dem eigentlichen Übernahmevertrag einher, wie beim Kauf einer beweglichen Sache die Einigung neben der Verpflichtung des Käufers, die Sache zu übertragen und Eigentum an ihr zu verschaffen, und der des Käufers, die Sache abzunehmen, sowie zu bezahlen.

Nun ist bei der privativen Schuldübernahme die obligatorische Verpflichtung eine einseitige. Bei der kumulativen

[1]) Cf. Martinius Gruchot 49, S. 190 u. 208.

Schuldübernahme fehlt selbst die Verfügung, da ja der alte Schuldner neben dem neuen verhaftet bleibt. So daß also das Moment, welches Zweifel ließ, ob es nicht eine Art Gegenleistung von Gläubigerseite darstelle, gegen die Verpflichtung des Übernehmers, hier in Wegfall kommt. Wenn der Übernehmer geleistet hat, erlischt ipso jure die Forderung des Gläubigers, Urschuldner und Übernehmer haben sich ja als Gesamtschuldner verpflichtet! Der Gläubiger erleidet keinen „Verlust", denn er empfängt, was ihm gebührt; auch ist nicht einzusehen, wie dieser „Verlust" sich als Leistung an den Übernehmer darstellen soll. Schließlich kann in der Übertragung der Forderung auf den zahlenden Übernehmer ebenso wenig eine Gegenleistung des Gläubigers an jenen liegen. Die Forderung ist ja erloschen, existiert nicht mehr. Kann man aber übertragen, was man gar nicht mehr hat, was rechtlich überhaupt nicht da ist? Offenbar würde jedoch dadurch der Übernehmer, der den Urschuldner durch Zahlung zugleich befreit hat, einen wirtschaftlichen Nachteil sich zuziehen, wenn ihm keine rechtliche Möglichkeit gegeben wäre, vom Urschuldner eventuell wieder zu erlangen, was er auch in dessen Interesse fortgegeben hat. Darum greift das Gesetz ein und bestimmt, um offenbare Ungerechtigkeiten zu vermeiden: die Forderung, die soeben in der Person des Gläubigers erloschen ist, soll in der Person des Gesamtschuldners, der ihn befriedigt hat, wieder aufleben, cessio ex lege (§ 426 BGB. Vgl. hierüber auch S. 10—14). Das Gesetz würde mit seiner Autorität gewiß nicht eingreifen, wenn auf natürlichem rechtlichem Wege sich dieser Übergang vollziehen könnte.

Trotz der Feststellung, daß die kumulative Schuldübernahme an sich ein einseitig verpflichtender Vertrag ist — verpflichtend für den Übernehmer, niemals für den Gläubiger oder Urschuldner! — kann nicht geleugnet werden, daß sie oft im Rahmen eines zweiseitigen Vertrages abgeschlossen wird.[2]) Dies ist natürlich; denn wer eine

[2]) Cf. Reichel, S. 163 ff.

Schuld kumulativ übernimmt, wird dafür einen Grund haben. Dieser ist nun meistens zu suchen in einem gegenseitigen Vertrage, den Gläubiger und Übernehmer untereinander abgeschlossen haben. Als Beispiel hierfür möchten wir die schon öfter zitierte Reichsgerichtsentscheidung vom 20. März 1902 [3]) nochmals anführen (cf. S. 4): Der Vater des flüchtigen Schuldners hatte sich erboten, die Forderungen der Klägerin zu berichtigen, wenn diese über das Benehmen seines Sohnes Schweigen bewahren wollte. Hierin liegt eine Gegenleistung der Klägerin für das Erbieten des Vaters, die Schulden des Sohnes kumulativ übernehmen zu wollen.[4])

---

b) Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag.

§ 9. Arten dieses Vertrages.

Welche Formen der kumulative Schuldübernahmevertrag im einzelnen anzunehmen vermag, darüber ließ sich bis in die letzte Zeit noch keine Einigkeit erzielen. Dernburg [1]) sagt nur: „Bei der bestärkenden Schuldübernahme wird der Übernehmer neben dem alten Schuldner verpflichtet."

Ebenso meint Crome:[2]) „Eine Schuldübernahme kann auch so vorkommen, daß der Gläubiger seinen bisherigen Schuldner nicht freigibt und dennoch eine neue Person in dessen Verpflichtungen eintritt." In ähnlichen Ausdrücken Oertmann [3]): „Kumulativ, je nachdem der neue Schuldner nur neben den Urschuldner treten soll.....", Neumann [4]):

[3]) Cf. R.G.C.E., Bd. 51, S. 120.
[4]) So Brattig, Diss., Leipzig 07, S. 16.
[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht 09, 4. Aufl., Bd. II 1, S. 432.
[2]) Crome, System des Bürgerl. Rechts 02, Bd. II, S. 350.
[3]) Kommentar 06, 2. Aufl., Bd. II, S. 285.
[4]) Handausgabe des BGB., 4. Aufl. 05, S. 320, Anm. 1.

„Kraft deren der Dritte neben den biserhigen Schuldner eintritt". Ebenso Landsberg.[5])

Für die privative Schuldübernahme werden gewöhnlich zwei Möglichkeiten der Begründung von den Autoren in Betracht gezogen: Durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer oder durch Vertrag durch Urschuldner und Übernehmer. Ob diese Zweiteilung auf die kumulative Schuldübernahme, bei der genau die gleichen Personen in Beziehungen zueinander treten, analog anzuwenden ist, darüber fehlt bei den bisher zitierten Schriftstellern jede Andeutung.

Goldmann-Lilienthal[6]) scheinen für die kumulative Schuldübernahme den Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer für den häufigsten, typischen zu halten, da sie nur ihn erwähnen. („Ob in einem zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossenen Vertrage.....") Bestimmt spricht sich Planck aus:[7]) „Die kumulative Schuldübernahme erfolgt durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Gläubiger" und Endemann:[8]) „Das neue zu dem bisherigen hinzutretende Schuldverhältnis wird grundsätzlich nur durch Vertrag des zweiten Schuldners mit dem Gläubiger begründet". Ebenso Simeon:[9]) „indem auch der Übernehmer sich dem Gläubiger verbindlich macht". Ganz entschieden vertritt Hellwig seinen Standpunkt,[10]) wenn er sagt: „Wie die privative, so kann auch die accessorische Succession [11])

[5]) Landsberg, Lehrbuch 04, Bd. I., S 378, Anm. 1.

[6]) BGB. 01, 2. Aufl., Bd. 1, S. 450, Anm. 4.

[7]) Kommentar 07, 3. Aufl., Bd. II, S. 293, Anm. 2 a.

[8]) Lehrbuch 03, S. 884, Anm. 2.

[9]) Rechtsgang im Deutschen Reich, 4. Aufl. 08, Bd. I, S. 323.

[10]) Verträge, S. 178.

[11]) Mit dieser Bezeichnung will er die kumulative Schuldübernahme charakterisieren. Dieser Vertrag enthält aber keine Nachfolge (Succession), da in der normalen Bedeutung des Wortes ein Eintreten in eine bereits frei gewordene Stelle liegt. Dies kommt beim kumulativen Schuldübernahmevertrag, der den alten Schuldner nicht ausscheiden läßt, nicht vor. Vollends setzt sich eine „accessorische" Succession in Widerspruch mit dem Wesen der Gesamtschuldverhältnisse, wie wir weiter unten darzutun suchen werden.

in ein bestehendes Schuldverhältnis nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer herbeigeführt werden". Ihm stimmt bei v. Tuhr:[12]) „Die Schuldsuccession kann nur auf einem Vertrag beruhen, den der Übernehmer mit dem Gläubiger schließt". Westerkamp[13]) äußert sich über die Frage, zwischen welchen Personen der Vertrag einer kumulativen Schuldübernahme gültig geschlossen werden könnte, nur kurz folgendermaßen: „Da der Bürgschaftsvertrag ein Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen ist, so kann selbstverständlich nur der Vertrag über Beitritt einer Schuld, der sich zwischen Gläubiger und Übernehmer vollzieht, in Vergleich mit ihm treten".

Nach diesen Worten darf man annehmen, daß Westerkamp nicht für ausgeschlossen hält, auch ein Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer könne gültig zustande kommen. Daß aber dieser Vertrag nicht nur möglich oder denkbar ist, sondern positiv besteht, dafür treten ein:

Enneccerus-Kipp-Wolff: „Auch der Schuldbeitritt kann wie die Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner erfolgen".[14]) Ähnlich Rehbein:[15]) „Der Vertrag über den Eintritt des Dritten als solidarischen Mitschuldner kann auch zwischen dem Schuldner und dem Dritten geschlossen werden."

Offenbar der gleichen Ansicht ist auch Mathias: „Ein Vertrag, durch den der Dritte sich nur neben dem Schuldner verpflichten will, führt immer zu einer kumulativen Schuldübernahme".[16]) Cosack meint: „Die kumulative Schuldübernahme kann wie die privative auch durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner bewerkstelligt werden".[17]) Außerdem haben in neuester Zeit den Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer für die kumu-

[12]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 43, S. 557.
[13]) Cf. Schuldbeitritt, S. 32.
[14]) Lehrbuch 10, 4./5. Aufl., Bd. I, S. 223.
[15]) Bürgerl. Recht, 03, 1. Aufl., Bd. II, S. 416.
[16]) Lehrbuch 10, 5. Aufl., Bd. I, S. 253/54.
[17]) Lehrbuch, 09, 5. Aufl., Bd. I, S. 167.

lative Schuldübernahme anerkannt: Brattig und Wolff,[18]) endlich auch Reichel in seiner „Schuldmitübernahme" (S. 142—159).

Der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer bleibt natürlich unbestritten. Wir werden im folgenden daher zunächst auf ihn genauer eingehen, um in einem weiteren Abschnitt auch den Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer in seinen Wirkungen zu untersuchen.

§ 10. Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer.

B. schließt mit C., dem Gläubiger des A., einen Vertrag des Inhalts: Ich verpflichte mich, dir 1000 Mark zu zahlen, und zwar die 1000 Mark, die A. dir bereits schuldet, auch will ich aus demselben rechtlichen Grunde, wie er, dein Schuldner sein. Im Augenblick, wo dieser Vertrag zustande gekommen ist, haben wir unzweifelhaft die Rechtslage des § 421 BGB. vor uns. Daß die Begründung einer Gesamtschuldnerschaft durch entsprechenden Beitritt zu einem schon bestehenden Schuldverhältnis möglich ist, haben wir auch bereits an der Hand der Quellen dargetan. Man spricht hier von einer sogen. nachträglichen Gesamtschuldbegründung.[1]) (§ 427 BGB. will nur eine Präsumption aussprechen für den Fall, daß mehrere sich gleichzeitig zu einer gleichen Leistung verpflichten.) Indessen liegt schon in dem Worte nachträglich angedeutet, daß die Gesamtschuldbegründung hier erst die Folge eines andern, übergeordneten Zweckes ist, daß sie sich sozusagen im Rahmen einer anderen rechtsgeschäftlichen Handlung abspielen muß, und dies ist: Die Interzession. Wird zu Inter-

[18]) Diss. Leipzig 07, Diss. Würzburg 08.

[1]) Verpflichten sich mehrere gleichzeitig als Gesamtschuldner, so spricht man im Gegensatz hierzu von ursprünglicher Gesamtschuldbegründung.

zessionszwecken irgendwie durch Eintritt eines neuen Schuldners in die alte Schuld eine Schuld irgendwie eingegangen, so muß selbstverständlich die später kontrahierte Schuld durch das Schicksal der Urschuld beeinflußt werden; denn die zweite Obligation verdankt ihr Dasein der ersten. Umgekehrt sollen bei der Gesamtschuld die Einzelobligationen — mögen sie auch, wie bei der kumulativen Schuldübernahme, aus demselben rechtlichen Grunde heraus entstanden sein — von Anfang an und dann fernerhin ihre Selbständigkeit bewahren; nur wo es sich um das gemeinsame Ziel, die Erfüllung, handelt, wirken gewisse Tatsachen für die Gesamtheit der Schuldner.

Wie können sich so verschiedene Züge, wie sie Interzession und Gesamtschuldbegründung an sich tragen, in einem Rechtsgeschäfte, zu einem Bilde vereinigen? Die Schwierigkeit schien, besonders bei manchen Interzessionsarten so groß, daß man zu ihrer Lösung einen besonderen Begriff, den der „accessorischen Gesamtschuld" prägen zu müssen glaubte.[2])

Der Ausweg, den § 425 BGB. bot, war zu bequem, zu breit. So ließ sich keine Grenze zwischen Interzessions- und Gesamtschuldprinzipien aufstellen. Die Schwierigkeit, das Verhältnis von Accession und gesamtschuldnerischer Selbständigkeit in den einzelnen Interzessionsarten zu bestimmen, hat eine große Unsicherheit auf diesem Gebiete herbeigeführt. Daher ist es erklärlich, wenn die Beziehungen, welche zwischen Urschuld und Interzessionsschuld ganz gewiß bestehen, so sehr betont wurden, daß die beiden schlechthin als einander accessorisch aufgefaßt werden konnten. Dies wollte aber nichts anders bedeuten, als daß während der ganzen Dauer des Verhältnisses die zweite Schuld die rechtlichen Schicksale der ersten Schuld teilen sollte und mußte. Nun läßt sich die Verbindung beider Obligationen zuerst sicher nachweisen nur in dem Augenblick, wo der Übernehmer die Urschuld auf sich

[2]) Cf. Matthias, Lehrbuch, 5. Aufl., 10. Bd. 1, S. 259.

nimmt; denn hier dringt er bis zu ihrer Causa vor und macht sie zu einer eigenen. Aber was konnte ihn zwingen, den Veränderungen der ersten Schuld mit seiner eigenen weiterhin sklavisch zu folgen? Hat er doch diese Verbindlichkeit als „eigene" übernommen. Ihr Schicksal muß sich fortab nach seiner Persönlichkeit, nach seiner wirtschaftlichen Kraft und Gewandtheit im wesentlichen bestimmen; so will es die Regel für die Gesamtschuld.

Martinius sagt:[3]) „Die kumulative Schuldübernahme ist ein, zwar im Momente der Entstehung von der bestehenden Schuld des Dritten abhängige, sodann aber in wesentlichen Punkten von ihr unabhängige Verpflichtung des Übernehmers."

Was über den Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer noch zu sagen ist, wird nur kurze Zusammenfassung von früheren ausführlichen Darlegungen sein: Die Verflichtung der Parteien ist eine einseitige von seiten des Übernehmers: „B. verspricht, tausend Mark zu zahlen." Sie ist causal, insofern sie sich ausdrücklich auf das bestehende Verhältnis zwischen Gläubiger und Urschuldner bezieht. „Die Tausend Mark, die dir A. schuldet." Durch die Annahme dieses Vertrages verfügt der Gläubiger nicht über die Urschuld, die ihm ungeschmälert erhalten bleibt.

Ein dinglich abstraktes Moment ist im Vertrage nicht enthalten; denn „die Übernahme ist keinesfalls eine abstrakte Schuldbegründung, sondern nur die Verstärkung einer bereits bestehenden Schuld".[4]) (Oertmann.)

Einige Zweifel bleiben noch zu beheben:

1. Stellt sich dieser Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer nicht als ein Vertrag zugunsten eines Dritten, des Urschuldners dar?[5]) Er zieht aus der Schuldübernahme vor allem den wirtschaftlichen Vorteil, daß der Gläubiger, der nun einen zweiten Schuldner neben dem bisherigen hat, ihn nicht mehr ausschließlich, also nicht

[3]) Cf. Gruchot, Beiträge 49, S. 185.

[4]) Oertmann Kommentar, 3 u. 4. Aufl., 1910, S. 331, Anm. 3.

[5]) BGB. § 328 ff.

mehr so hart wie früher bedrängen wird. Dadurch ist der Urschuldner in der Lage, Vermögenskräfte, die er früher für die Tilgung der Schuld jeden Augenblick nach Fälligkeit hätte bereit halten müssen, auf einen andern Punkt zu richten, wenn er weiß, daß der Gläubiger den Übernehmer in Anspruch nehmen wird. Aber dies alles kann hier nicht in Betracht kommen, denn zugunsten eines Dritten liegt ein Vertrag nur dann nach § 328 BGB. vor, wenn es eine Leistung ist, die dem Dritten versprochen wird. Der Übernehmer verspricht zwar eine Leistung, jedoch nicht dem Dritten, Urschuldner, sondern dem Vertragsgegner, dem Gläubiger.

2. Liegt bei Begründung der — wie Reichel sagt — „gläubigervertraglichen" kumulativen Schuldübernahme nicht ein Geschäft des gemeinen Rechts, das sogenannte Constitutum debiti alieni vor? Wir glauben diese Frage verneinen zu müssen. Das Constitutum debiti alieni ist das Versprechen eines Dritten an den Gläubiger, eine fremde bestehende Schuld zahlen zu wollen. (Vgl. oben Seite 29.)

Von einer Übernahme dieser Schuld, so daß die Übernahme neben der ursprünglichen Verpflichtung ein eigenes wirtschaftliches Dasein führt, kann keine Rede sein. Das Constitutum ist reines Interzessionsgeschäft, dem jede Verbindung mit Solidarhaft — ein Charakteristikum der kumulativen Schuldübernahme — fern liegt.

Unseres Erachtens wird das Constitutum neben dem modernen Bürgschaftsrecht und einer in Arten und Wirkung genau umgrenzten kumulativen Schuldübernahme kaum noch praktische Bedeutung haben. Wenn man durchaus will, kann man sagen, in der gläubigervertraglichen kumulativen Schuldübernahme sei stets ein Constitutum debiti alieni enthalten; es ist aber unrichtig, wenn Strohal[6]) beide Geschäfte gleichwertig nebeneinander zu stellen sucht: Die kumulative Schuldübernahme ist ent-

[6]) Jahrbücher für Dogmatik, B. 57, S. 235, Anm. 3.

schieden der umfassendere, weiter reichende, heutigen Bedürfnissen besser angepaßte Vertrag von beiden.

3. Ebensowenig ist es zu billigen, wenn Strohal[6]) behauptet, die Verpflichtung des zweiten Schuldners (bei der gläubigervertraglichen kumulativen Schuldübernahme) könne auf einem Garantievertrag beruhen, — vorausgesetzt, daß man diesen Vertrag im Sinne Stammlers[7]) und Wiensteins[8]) auffaßt: Garantieren heißt dann, „einstehen für einen Erfolg", evtl. also auch dafür, daß eine bestimmte Schuld getilgt werde. Dies bedeutet aus genugsam erörterten Gründen nicht, daß diese Schuld von dem Garantierenden kumulativ übernommen werde, freilich will er sich auch nicht verbürgen, wie Reichel (S. 307) meint. Der Garant will nicht für eine individuelle Schuld (siehe unten S. 57), sondern für ein bestimmtes Risiko und zwar meist aus eigenem Interesse verhaftet sein.[9]) (Wienstein, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 31, § 4, Anm. 3.)

Constitutum und Garantievertrag stehen wohl in ihrer Art zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürg-

[6]) Jahrbücher für Dogmatik, B. 57, S. 235, Anm. 3.

[7]) Archiv für Zivil-Praxis, B. 69, S. 1 ff.

[8]) Archiv für Bürgerl. Recht, B. 31, S. 1 ff.

[9]) Vergleiche hierzu das Urteil OLG. Hamburg vom 10. 2. 08. (Rechtsprechung der OLG., Bd. 20, S. 163.) Der Kläger hatte sich geweigert, an den zahlungsunfähigen Bauunternehmer X. weiter zu liefern, darauf hatte Beklagter ihm erklärt: „Die Baugelder gehen durch meine Hände, ich zahle Ihnen direkt aus den Baugeldern". Diese Erklärung enthält nach obigem Urteil eine persönliche Verpflichtung des Beklagten, den Kläger aus den durch seine Hände gehenden Baugeldern zu bezahlen. Sie ist weder Bürgschaft noch ein selbständiges Zahlungsversprechen, auch keine kumulative Schuldübernahme, da Beklagte nicht die Schuld auf sich nehmen, sondern aus fremden Geldern bezahlen will. Das OLG. kommt zu dem Schluß, hier liege eine Verpflichtung eigener Art vor, welcher der allgemeinen Regel der Formlosigkeit obligatorischer Verträge unterworfen sei. Wir glauben, daß aus dieser Verpflichtung eine Verschmelzung von Constitutum und Garantievertrag hervorgegangen sei. Der Beklagte versprach dem Gläubiger, eine fremde bestehende Schuld zu zahlen, und übernahm zugleich die Garantie, daß die Baugelder hierzu in erster Linie verwandt würden.

schaft. Einerseits gehören sie wie die Bürgschaft zu den reinen Interzessionsgeschäften, andererseits sind sie formfrei wie die kumulative Schuldübernahme.

Der Übernahmevertrag zwischen Gläubiger und Urschuldner kommt freilich zustande, ohne daß der Urschuldner sich irgendwie dabei zu beteiligen braucht. Dies ist selbstverständlich; dem Urschuldner kann es nur lieb sein, wenn neben ihm noch ein anderer für die gleiche Leistung haften will. Bei der privativen Schuldübernahme liegt beim Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer der gleiche Fall vor, ja die Lage ist für den Schuldner, der befreit wird, noch günstiger. Dagegen kann durch einen Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer hier eine Schuld gültig nicht übernommen werden. (Der Gläubiger hat das größte Interesse daran, daß ohne seine Kenntnis an Stelle des alten sich nicht ein neuer Schuldner setze.) Es frägt sich, ob bei der kumulativen Schuldübernahme, bei der die wirtschaftliche Lage eine andere ist, der Satz: „Zwischen Urschuldner und Übernehmer besteht kein Schuldübernahmevertrag" als Prinzip zur Durchführung kommt, wie Hellwig und v. Tuhr (s. oben § 9) es annehmen.

§ 11. Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer. Unterschied dieses Vertrages von der Erfüllungsübernahme.

Soweit die Begründung einer kumulativen Schuldübernahme als möglich erkannt wird, wird regelmäßig auch ein Vertrag zugunsten Dritter: nämlich des Gläubigers, für vorliegend erachtet.[1]) In der Tat scheinen auf den ersten Blick die Voraussetzungen des § 328 BGB. sämtlich vorzuliegen: 1. Dem Gläubiger als Dritten wird eine Leistung, die Erfüllung der Urschuld, versprochen und

[1]) Cf. Rehbein, BGB. 03, 1. Aufl., Bd. II, S. 416.

2. erwirkt der Gläubiger, wenn kumulative Schuldübernahme durch Vertrag wirklich zustande gekommen ist, unmittelbar ein Recht, die Leistung zu fordern. Allein sofort erheben sich gegen die Subsumption dieses Vertrages unter § 328 BGB. schwere Bedenken, die zunächst beseitigt werden müssen.

Gegen 1. wäre einzuwenden, daß der Gläubiger durch den Vertrag keine an sich neue Leistung versprochen erhält, sondern nur für seine Forderung, die bereits zu seinem Vermögen gehört, ein neuer Schuldner sich verpflichtet.

Einen Vermögensvorteil erwirkt zwar der Gläubiger auf jeden Fall; doch auch der Schuldner wird desselben teilhaftig, wenn Gläubiger und Übernehmer den kumulativen Schuldübernahmevertrag zusammen schließen. So unbestimmt wie dort ist aber die Zuwendung aus dem Vertrage zwischen dem Übernehmer und Urschuldner für den Gläubiger nicht. Er erwirbt keine Neuleistung; aber er erhält ein neues Forderungsrecht und hieraus kann für den Übernehmer, gegen den es gerichtet ist, sehr wohl die Pflicht zu einer Leistung entspringen; daß dieselbe Leistung schon einmal versprochen war, ist dann gleichgültig. Das Hauptgewicht des Zweifels fällt auf den zweiten Punkt: Wie ist es denkbar, daß durch einen Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, durch den beide sich als Gesamtschuldner verpflichten, dem Gläubiger für eine bestimmte Leistung zu haften, der Gläubiger unmittelbar berechtigt wird, auch gegen den Übernehmer seine Ansprüche auf Leistung geltend zu machen? Liegt zwischen Urschuldner und Übernehmer nicht ausschließlich der Tatbestand des § 325 BGB. vor? Wenn ja, dann muß auch seine Vorschrift Platz greifen, daß im Zweifel der Gläubiger nicht unmittelbar das Recht erhalten soll, vom dritten Verpflichteten Befriedigung zu erlangen.

Man hat auf die Analogie der privaten Schuldübernahme hingewiesen. Bei ihr kann allerdings von einer Übernahme der Schuld durch Vertrag zwischen Über-

nehmer und Urschuldner nicht die Rede sein. Was diese beiden miteinander abschließen, darf sozusagen nichts anderes sein, als Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB.). Die Forderung gegen A. ist ein Vermögensbestandteil des Gläubigers C.; und über das Vermögen jemandes kann kein Dritter — am allerwenigsten der Schuldner einer unbestrittenen Forderung — rechtswirkasm verfügen. „Was der Übernehmer und der Urschuldner miteinander ausmachen, ist immer nur Erfüllungsübernahme.“ [2]) Hellwig (Verträge, S. 178) hat kein Bedenken getragen, diese Konstruktion auch für die kumulative Schuldübernahme als allein passend zu erklären. Unseres Erachtens hat sich Hellwig durch die große Klarheit und Verständlichkeit seiner Hypothese zur Ausdehnung auf einen augenscheinlich gleichartigen Fall verleiten lassen, ohne genügend zu berücksichtigen, daß „die kumulative Schuldübernahme am Ende nach einem ganz anderen Gesichtspunkte zu beurteilen ist, als die privative“.

Seine Schlußfrage (Verträge S. 179) weist deutlich auf leichte Schwankungen hin, die seine Ansicht erfuhr, ehe sie sich endgültig fixierte.

Bei der kumulativen Schuldübernahme wird nicht wie bei der privativen die Persönlichkeit des Schuldners verändert. Das wesentlichste Moment im Forderungsrecht des Gläubigers bleibt also erhalten. Inwiefern kann es dann den Gläubiger berühren, wenn B. neben A. als Gesamtschuldner auf dessen Schuld sich verpflichtet? Daß er einen neuen Verpflichteten für die alte Schuld erhält, den er sofort in Anspruch nehmen darf, kann ihm gewiß nur lieb sein.

Reichel [3]) macht darauf aufmerksam, daß allerdings durch die Übernahme B. nicht nur die Pflichten, sondern auch die Rechte des Schuldners auf sich nehme, also z. B. dem Gläubiger ohne weiteres mit einer geeigneten Forderung die Aufrechnung erklären kann. Aber er fügt selbst hinzu, daß es dem Gläubiger nach § 333 BGB. frei-

[2]) v. Tuhr, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 557.

[3]) Schuldmitübernahme, S. 147/48.

steht, die ihm zugedachten Rechte zurückzuweisen, wenn durch Vertrag zwischen A. und B. ihm eine Leistung versprochen ist. Ein willkürliches Eingreifen des Übernehmers in das alte Schuldverhältnis ist damit ausgeschlossen. Kipp [4]) will bei einem zwischen Schuldner und Übernehmer geschlossenen kumulativen Schuldübernahmevertrag „in erster Linie annehmen, daß der Gläubiger Rechte gegen den Übernehmer erst erhält, wenn er zum Beitritt aufgefordert ist und diesen erklärt hat". Zunächst soll aber § 329 BGB. Anwendung finden. Dann können weiterhin „die Parteien auch verabreden, es solle der Gläubiger unmittelbar durch ihren Vertrag Rechte gegen den Übernehmer erhalten". In diesem Falle liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor,[5]) der Gläubiger erwirbt das ihm gedungene Recht ohne Acceptation.

Salinger[6]) gibt die Möglichkeit einer kumulativen Schuldbegründung zwischen Urschuldner und Übernehmer zu „ohne die durch § 415 BGB. vorgeschriebene Genehmigung" des Gläubigers. Allein daneben, meint er, müsse es auch eine Erfüllungsübernahme geben, bei der ein unmittelbarer Rechtserwerb für den Gläubiger sich vollzieht, da nach § 329 BGB. „nur im Zweifel" das Gegenteil anzunehmen sei. Gerade dieser Fall, der am meisten Ähnlichkeit mit der kumulativen Schuldübernahme habe, markiere den Unterschied zwischen ihr und bloßer Erfüllungsübernahme am bezeichnendsten; denn bei letzterer werde der Übernehmer, auch wenn der Gläubiger ein unmittelbares Forderungsrecht gegen ihn erwirbt, niemals Gesamtschuldner, wie bei der kumulativen Schuldübernahme. Hier beständen zwei Obligationen mit rechtlich verschiedenem Inhalt: die eine werde durch das ursprüngliche Schuldverhältnis, die andere durch den Übernahmevertrag selbst gebildet.[7])

---

[4]) Cf. Iherings Jahrb., Bd. 36, S. 336.

[5]) Cf. Ihering, Bd. 36, S. 357.

[6]) Cf. Kohlers Archiv 28, 91.

[7]) Gleicher Ansicht Mathias Lehrbuch, 5. Aufl. 10, Bd. I, S. 154; cf. auch E.R.C., Bd. 65, S. 167.

Kann diese Annahme zu Recht bestehen? Erfüllungsübernahme liegt nur vor, wenn, wie Entwurf I, § 318 uns klar ausspricht, ein Dritter sich dem Schuldner verpflichtet, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken. So lange sich der Dritte für nichts mehr verbindlich macht, bleibt er immer nur dem Schuldner verhaftet und zwar aus dem Übernahmevertrage. Wenn aber aus der Erfüllungsübernahme sich ein unmittelbares Forderungsrecht für den Gläubiger ergeben soll, dann will er nicht nur wie bisher zu dem Schuldner, sondern auch zu dem Gläubiger in gewisse Beziehung treten. Aus welchem Grunde hat nun der Gläubiger ein Forderungsrecht gegen ihn? Aus der Erfüllungsübernahme kann immer nur der Schuldner berechtigt werden. Dies zu erreichen, war der Zweck des Vertrages, er hat sich damit erfüllt. Um sich dem Gläubiger direkt verpflichten zu können, muß der Erfüllungsübernehmer aus seiner bisherigen reservierten Stellung heraustreten, er muß bestimmt aussprechen, daß der Gläubiger C. die Schuld des A. und keine andere und aus keinem anderen Grunde von ihm fordern dürfe. In diesem Augenblick rührt er aber an ein schon bestehendes Schuldverhältnis, d. h. er interzediert.

Es braucht kaum noch erwähnt zu werden, daß B. dann neben A. selbständig als Gesamtschuldner schulden will. Aus den Grundsätzen der Interzession und der Gesamtschuld bildet sich aber die kumulative Schuldübernahme. Sie muß vorliegen, wenn der Gläubiger gegen den Dritten ein direktes Forderungsrecht enthält, und zwar allein vorliegen. Denn eine Klage gegen den Dritten kann letzten Endes nur aus der causa der Urschuld begründet werden; diese muß der Dritte zu diesem Behufe übernommen haben.

Verpflichtet sich der Dritte durch Vertrag dem Schuldner nur zur Befriedigung des Gläubigers, so liegt immer Erfüllungsübernahme vor. Verpflichtet er sich aber — sei es dem Gläubiger, sei es dem Schuldner — auf die Schuld, dann ist der Tatbestand der Schuldübernahme er-

füllt und zwar der kumulativen, wenn er sich neben dem Urschuldner verbindlich macht. Natürlich ist, wenn der Übernehmer sich dem Urschuldner auf die Schuld verpflichtet, damit auch ausgesprochen, daß er — aber nur eventuell! — für ihn erfüllen werde.[8])

Die mit dem Urschuldner vereinbarte kumulative Schuldübernahme enthält also meistens implicite eine Erfüllungsübernahme.[9])

Aus dieser Tatsache läßt sich vielleicht auch die eigenartige Fassung des § 329 BGB. erklären. Dieser Paragraph will nichts weiter, als eine Präsumption für die Erfüllungsübernahme aufstellen, wenn ein Dritter dem Schuldner sich verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Entwurf I § 318, I sagt geradezu: „Verpflichtet sich ein Dritter dem Schuldner, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken ..., so ist im Zweifel anzunehmen, daß nicht die Schuldübernahme, sondern Erfüllungsübernahme anzunehmen sei.“ Genau dasselbe drückt noch jetzt im Grunde genommen § 329 BGB. aus: „Verpflichtet sich ... der eine Teil zur Befriedigung des Gläubigers des andern Teiles, ohne die Schuld (ausdrücklich!) zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger das Recht erwerben soll, unmittelbar von ihm Befriedigung zu fordern.“ Also in dubio immer Erfüllungsübernahme — und dann ist auch kraft Gesetzes unmittelbares Forderungsrecht ausgeschlossen. Nach der Scheidung der Er-

[8]) Vergleiche hierzu die Kritik Reichels an einem Urteil des RG. (Recht 1912 N. 2929) auf Seite 1520—21 der DJZ. 1912: Ein Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer, inhalts dessen der letztere dem Urschuldgläubiger unmittelbar einen direkten Anspruch gegen sich selbst einräumt, ist rechtsbeständig. Eine Genehmigung oder ein Beitritt des dritten Gläubigers ist nicht erforderlich. Dieser Vertrag stellt sich als Schuldmitübernahme dar.

[9]) Reichel ebenda: Ein Vertrag, inhalts dessen B. sich dem K. verpflichtet, ihn von dessen Schuld an G. zu befreien und überdies dem G. einen direkten Leistungsanspruch sich einzuräumen, stellt sich als ein komplexer Vertrag dar, nämlich also Kombination von Erfüllungs- und Schuldmitübernahme.

füllungsübernahme von der Schuldübernahme, insbesondere von der kumulativen „schuldnervertraglichen" Schuldübernahme wird es erst möglich sein, festzusetzen, ob erstere in der letzteren immer enthalten sein muß. Für die privative Schuldübernahme ist dies selbstverständlich, daß der zwischen Urschuldner und Übernehmer wirksam abgeschlossene Vertrag immer — aber nur! — Erfüllungsübernahme ist: § 415 II BGB. Bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen wird es einer besonderen Vereinbarung zwischen Übernehmer und Urschuldner bedürfen, damit gegebenen Falles die kumulative Schuldübernahme auch als Erfüllungsübernahme gelte. Wer sich dem A. verpflichtet, neben ihm als Gesamtschuldner tausend Mark dem C. zu schulden, will nicht unter allen Umständen dem C. die tausend Mark zahlen, sondern nur, wenn C. ihn auf Grund seiner Konstituierung als Schuldner in Anspruch nimmt. Wenn C. sich dagegen nur an A. hält, soll dieser gegen den Übernehmer auf Zahlung an C. klagen dürfen? Hierzu bedarf es unseres Erachtens einer darauf hinzielenden Abrede zwischen dem Übernehmer und Urschuldner, welche denn auch oft vorhanden sein mag.[10]) Damit wird auch Strohals Auffassung von den Arten der Begründung kumulativer Haftung hinfällig. Außer in den Fällen gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme, die wir weiter unten zu behandeln haben, kann nach seiner Aufstellung durch Vertrag zugunsten eines Dritten bestimmt sein, daß der Promittent dem Dritten das zu leisten verspricht, was diesem vom Promissar (auch) geschuldet wird, so zwar, daß der Dritte hierdurch neben seinem Anspruch gegen den Promissar auch noch einen auf dieselbe Leistung gerichteten Anspruch gegen den Promittenten erlangt.[11])Er verschweigt aber die Tatsache, daß ein derartiger Anspruch des Gläubigers nur auf Grund einer gesamtschuldnerischen Haftung des Über-

[10]) Cf. auch Cosack, Lehrbuch 10, S. 466, 7 b u. S. 467, II 4; anders Reichel, Schuldmitübernahme, S. 154.

[11]) Siehe Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 57, S. 235, Anm. 3.

nehmers, also einer schuldnervertraglichen kumulativen Schuldübernahme denkbar ist. Wir haben bereits gesehen, daß Hellwig den Vertrag, welchen Urschuldner und Übernehmer schließen, nur als Erfüllungsübernahme gelten läßt. Daneben erwähnt er[12]) den Fall, daß A., der Schuldner des C. aus Kauf, den B., der ihm eine gleiche Summe aus Darlehen schuldet, beauftragt, an C. diese Schuld zu zahlen. B. tilgt somit als Beauftragter des A. dessen Kaufschuld an C. Wenn nun, so spricht v. Tuhr, B. dem A. zugesagt hat, seine Leistung an C. zu erfüllen, so ist zwischen ihnen kein Vertrag auf Leistung an Dritte, sondern Schuldübernahme abgeschlossen.[13]) Nach unserer Darlegung kann nur Schuldübernahme und zwar kumulative, um die es sich hier allein handelt, zustande kommen, wenn neben dem Urschuldner ein Dritter sich zur gleichen Leistung als Gesamtschuldner aus dem gleichen Schuldgrunde sich verpflichtet. Diese Definition auf obigen Fall angewandt ergibt folgendes Resultat: A. schuldet aus Darlehen, B. aus Kauf; wenn nun auch B. im Auftrage des A. seine Darlehensschuld nicht an diesen, sondern dem C. zahlt, so wird dadurch zwar ev. die Kaufschuld des A. an diesen getilgt, aber was B. von seinem Standpunkt gezahlt hat, ist sein Darlehen und weiter nichts. Die Schulden des A. und des C. bleiben rechtlich verschiedenen Ursprungs, mögen sie immerhin tatsächlich von gleicher Höhe sein, so daß durch die Leistung des einen an einen „Drittgläubiger" auch die andere getilgt wird. Dies ist wichtig für den Fall, daß B. dem C. ein direktes Forderungsrecht gegen sich einräumt. Eine kumulative Schuldübernahme ist auch dann nicht vorhanden. A. schuldet noch aus Kauf, B. aus Darlehen. Wenn B. es übernimmt, durch seine Darlehensschuld die Kaufschuld des A. zu tilgen, so liegt zwischen ihnen ein selbständiger Vertrag vor, den Reichel (S. 158) „Drittgläubigerleistungsvertrag" benennt und der von vorn-

[12]) Verträge, S. 133.

[13]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 553.

herein nur in Frage kommen kann, wenn zuvor schon zwischen Urschuldner und Promittent ein internes Schuldverhältnis bestand.

Begründung der kumulativen Schuldübernahme kraft Gesetzes.

§ 12. Einzelne Fälle gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme.

Wenn die Autoren für das Bestehen einer kumulativen Schuldübernahme als selbständiges Rechtsgeschäft eintreten, verfehlen sie nicht, darauf hinzuweisen, daß das Gesetz, wenn es auch die kumulative Schuldübernahme als solche ignoriere, dennoch ihre spezifischen Wirkungen sehr wohl kenne und dieselbe sehr oft, kraft seiner Autorität und unabhängig von dem Willen der Parteien eintreten lasse. Sie pflegen darum von einer gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme zu sprechen.[1]) Jeden Fall, wo sie von den verschiedenen Schriftstellern als vorliegend erachtet wird — Reichel kennt 15 Fälle! — einzeln aufzuzählen und kritisch zu erörtern, kann hier nicht unsere Aufgabe sein. Wir müssen uns vielmehr begnügen, wenige, aber möglichst unbestrittene und möglichst charakteristische Beispiele zu geben, die zunächst zur praktischen Erläuterung unseres Begriffes der kumulativen Schuldübernahme dienen werden, doch vor allem späterhin, wenn die wirtschaftliche Bedeutung dieses Geschäfts in Frage kommt, von Wichtigkeit sein können. Wir rechnen hierher die §§ 419 und 2382 BGB., die §§ 25—27 HGB. und den § 16 III des Reichsgesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

1. Übernimmt jemand, so bestimmt § 419 durch Vertrag das Vermögen eines andern, so können dessen Gläubiger unbeschadet der Forthaftung des bisherigen Schuld-

[1]) Cf. Westerkamp, Schuldbeitritt, S. 254 ff.

ners von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen diesen Übernehmer geltend machen. Hier handelt es sich — so kommentiert unter anderem Planck diesen Paragraphen [2]) — nicht um eine Schuldübernahme im Sinne des BGB., sondern um eine sogenannte kumulative Schuldübernahme. Ihm stimmen alle namhaften Autoren im wesentlichen bei. Auf Grund eines Vertrages, durch den A. gültig versprochen hat, sein gesamtes gegenwärtiges Vermögen dem B. zu übertragen, tritt dieser in der Tat dem A. bei, auch so weit A. dritten Gläubiger bezüglich seines Vermögens bereits verpflichtet ist. Die kumulative Schuldübernahme ergibt sich hier als Reflex eines andern Rechtsgeschäftes. Der Übernehmer B. ist ebensogut Schuldner wie der A. Für die Bezahlung haftet er mit dem ganzen Vermögen, das ja auf ihn übertragen ist. Sind die Gläubiger einmal befriedigt, so werden A. wie B. befreit: Beide müssen daher als Gesamtschuldner gelten. Andererseits schuldet B. nur so, wie die Schulden zur Zeit des Vertragsabschlusses beschaffen sind, und nur insoweit, als sie durch die tatsächlich vorhandene Vermögensmasse als Deckung gerechtfertigt werden. Darum die Bestimmung in § 419 II BGB., daß er, wie Reichel sich ausdrückt „cum viribus patrimonii" haften solle: A. interzediert also in die Schulden des B.; die Gläubiger können ihn als kumulativen Übernehmer in Anspruch nehmen. Der Grund dieser gesetzlichen Bestimmung liegt auf der Hand. Es wäre unbillig, wenn nicht derjenige verpflichtet bliebe, der die Schulden kontrahiert hat; dagegen muß aber auch der, welcher vertragsmäßig einen Anspruch auf Herausgabe und auf Genuß des Vermögens hat, es sich gerechter Weise gefallen lassen, wenn er zur Bezahlung der Schulden dieses Vermögens herangezogen wird. Ob der Übernehmer im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen,

[2]) Cf. Kommentar, 3. Aufl. 07, S. 305 1.

hängt davon ab, ob zwischen Urschuldner und Übernehmer eine Erfüllungsübernahme auf seiten des Letzteren besonders vereinbart ist; sie liegt natürlich im Interesse des Urschuldners.[3])

2. Für den Erbschaftskauf setzt § 2382 BGB. fest: Der Käufer haftet von dem Abschlusse des Vertrages an den Nachlaßgläubigern unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers. Diese Haftung kann nicht durch Vereinbarung zwischen dem Käufer und Verkäufer ausgeschlossen oder beschränkt werden. Was zu dem § 419 gesagt ist, ist Wort für Wort auch für diesen Fall anwendbar. Der Käufer hat die Schulden der Erbschaftsmasse neben dem Verkäufer kumulativ übernommen. Bemerkungswert ist § 2382 II, der jeder Beschränkung dieser kumulativen Haftung durch Parteivereinbarung den Weg versperrt.

3. Besonders wichtig ist für uns das Beispiel einer gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme, das das HGB. in den §§ 25—26 bietet, weil es im Leben sehr häufig praktisch wird. Der Erwerber eines Handelsgeschäftes unter Lebenden haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, falls er die bisherige Firma fortführt. (§ 25, I, 1 HGB.) Daneben haftet, wie aus § 26 HGB. hervorgeht, der frühere Inhaber; es verjähren allerdings die Ansprüche des Gläubigers gegen ihn bereits in 5 Jahren. Früherer Inhaber und Übernehmer sind Gesamtschuldner den Gläubigern gegenüber. Der Letztere hat die Schulden des Ersteren mit dem gültigen Abschlusse des Etablissementskaufes kumulativ übernommen.

Die Möglichkeit ist hier für den Erwerbenden gegeben, sich dieser Haftung zu entziehen, wenn er ausdrücklich mit dem früheren Inhaber eine abweichende Vereinbarung abschließt, diese Vereinbarung Dritten, Interessierten, mitteilt und sie außerdem in das Handelsregister eintragen

[3]) Cf. E. vom 22. Juni 08 des R.G.C. Abgedruckt in Recht 08, Beilage S. 513.

und bekannt machen läßt. (§ 25, II, HGB.) Umgekehrt: wird die Firma nicht fortgeführt, dann müßte eine kumulative Schuldübernahme evtl. vertragsmäßig vereinbart und handelsüblich bekannt gemacht werden.

4. Schließlich ist im § 16, III, des Reichsgesetzes vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Fall gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme statuiert.

Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag frei veräußerlich. Doch muß diese Veräußerung der Gesellschaft angemeldet und nachgewiesen sein. So lange wird der Veräußerer als ein an der Gesellschaft Beteiligter und ihren Gläubigern Verhafteter angesehen. Daneben darf aber der Erwerber, auf den ja vertraglich bereits der Geschäftsanteil übergegangen ist, nicht völlig entlastet werden. Deshalb bestimmt das Gesetz: Für die von der Zeit des Vertragsabschlusses bis zur Zeit der Anmeldung auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen ist der Erwerber neben dem Veräußerer — kumulativ natürlich — verhaftet.

§ 13. Zusammenfassung.

Die bisherigen Ausführungen mögen dargelegt haben, daß theoretisch eine bestimmte Konstruktion der kumulativen Schuldübernahme sich sehr wohl geben läßt. Als Resultat können wir aufstellen, daß die kumulative Schuldübernahme ein einseitiger causaler Vertrag ist, geschlossen zwischen dem Übernehmer und Urschuldner oder zwischen Übernehmer und Gläubiger. Hierdurch wird zwar in jedem Falle ein Gesamtschuldverhältnis begründet, aber durch die Interzession — das Eintreten eines neuen Schuldners in ein schon bestehendes Schuldverhältnis — muß dieses gewisse, durch § 425 BGB. ermöglichte Modifikationen erleiden, die im einzelnen später zu schildern sind.

Wir haben die kumulative Schuldübernahme von verwandten Verträgen begrifflich gesondert: Von der Erfüllungsübernahme, dem sogenannten Drittgläubigerleistungsvertrag, der privativen Schuldübernahme.

Im folgenden soll nun ein nach Ansicht vieler Schriftsteller der kumulativen Schuldübernahme ebenfalls sehr ähnliches Rechtsgeschäft genauer behandelt werden: Die Bürgschaft. Und zwar muß auch sie zunächst theoretisch konstruiert werden. Ergeben sich alsdann zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft schon in der Konstruktion wesentliche Unterschiede, so muß in einem besonderen Teil untersucht werden, wie weit beide Rechtsgeschäfte in ihren Wirkungen und in ihrem wirtschaftlichen Zweck auseinandergehen.

2. Die Bürgschaft.

§ 14. Historische Übersicht.

Während die kumulative Schuldübernahme als selbständiges Rechtsgeschäft erst in verhältnismäßig neuester Zeit von Wissenschaft und Praxis teilweise anerkannt wurde, vermag dagegen die Bürgschaft, als eine fast täglich gebrauchte persönliche Interzession für eine fremde Verbindlichkeit, auf eine vieltausendjährige Geschichte und eine sehr differenzierte Entwickelung zurückblicken.

Schon in früher Zeit hatte man in Rom die Sponsio — ein feierliches religiöses Versprechen — benutzt, um zuerst nur gerichtlich, später auch außergerichtlich für die Zahlung einer eigenen oder fremden Schuld einzustehen.[1]) Ihre Form war die der Stipulation (die ja auch aus ihr entstanden ist). Sie konnte deshalb zu Verbürgungszwecken nur angewendet werden, wenn die Hauptschuld gleichfalls eine Stipulationsschuld war; außerdem stand sie den Cives romani allein offen. Den Bedürfnissen einer fortschreiten-

[1]) Cf. Girtaner, Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1850, S. 11.

den Kultur entsprechend ermöglichte dann die Fidepromisso auch dem peregrinus, sich für eine, allerdings auch durch Stipulation begründete Hauptschuld zu verbürgen. Die Formen der Sponsio und Fidepromissio mußten außer Verkehr treten, sobald die Verpflichtung durch Stipulationsakt nicht mehr üblich war. Sie wurden daher beide ersetzt durch die Fidejussio, seit Justinian die allgemeine und einzige Art der Verbürgung.[2]) Sie setzte keine Stipulationsschuld als Hauptschuld voraus. Sie gehörte zu den kumulativen Interzessionen, bei welchen der Interzedent neben den Schuldner einer bereits bestehenden Verbindlichkeit trat. Eine weitere große Besonderheit der Fidejussio lag in dem Umstand, daß während Sponsio und Fidepromissio noch selbständige Verbindlichkeit des Sponsor bzw. Fidepromittenten neben der Hauptschuld begründeten, die Fidejussio von Anfang an Neigung zeigte, sich nicht nur im Inhalt, sondern auch in ihrem rechtlichen Bestande so anzulehnen, daß ein starkes Abhängigkeitsverhältnis der Schuld des Fidejussors von der Hauptschuld die unausbleibliche Folge war: Durch die Fidejussio wurde die Bürgschaft zur accessorischen Verbindlichkeit. So Girtaner: „Die Bürgschaft“ (S. 20). Aus dieser Accessorität ergab sich wiederum für die Anschauung des römischen und auch des gemeinen Rechts die Notwendigkeit, daß Hauptschuldner und Bürge in einem korrealen, sozusagen gesamtschuldnerischen Verhältnis zueinander stehen müßten.

Accessorität und Korrealität waren die beiden Schlagworte, um deren Bedeutung für das Wesen der Bürgschaft man in den Zeiten des gemeinen Rechts unentschieden hin und her stritt. Das Hauptgewicht legte man dabei bald mehr auf die erstere, bald mehr auf die letztere Eigenschaft. Aus der Fidejussio hat sich wohl in der Hauptsache unser heutiges Bürgschaftsrecht entwickelt, allein dieses

[2]) Das Constitutum debiti alieni war aufgekommen mit Rücksicht auf die lex Cornelia, die Verbürgung über gewisse Summen für nichtig erklärte. Durch Constitut war jedes formlose Versprechen, ohne Rücksicht auf seinen Zweck, klagbar. (Actio de pecunia constituta.)

Institut hat im Laufe der Zeit ganz einschneidende Veränderungen und Umgestaltungen — je nach den Bedürfnissen des Verkehrs — erfahren müssen, so daß wahrscheinlich von seinen früheren Bestandteilen nicht allzu viel mehr übrig geblieben ist.

Seine letzte und eingehende Regelung hat das Recht der Bürgschaft für uns gefunden durch das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 765—778. Inwieweit hiernach Accessorität und Korrealität noch maßgebend sind, muß genauer untersucht werden.

§ 15. Unterscheidung des Bürgschaftsvertrages von ähnlich gearteten Verträgen.

Das Gesetz bestimmt in § 765: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen." Mit Hilfe dieser Festlegung ist es uns jetzt schon möglich, den Bürgschaftsvertrag von einer Reihe anderer, ähnlich gearteter Verträge inhaltlich zu unterscheiden. Wie das römische Recht selbst in der spätesten Zeit neben der Fidejussio immer das Mandatum qualificatum, das Constitutum debiti alieni gekannt hat, gibt es auch heute noch Geschäfte, die gleich der Bürgschaft noch einen ausschließlichen Sicherungszweck haben, aber nicht für dasselbe Rechtsgut: Eine Forderung und nicht in demselben Umfange wie die Bürgschaft. Es werden hier gewöhnlich genannt:[1])

1. Der Kreditauftrag (§ 778 BGB.).

Jemand beauftragt einen anderen, einem Dritten Kredit zu gewähren. Nimmt dieser den Auftrag an, so ist er verpflichtet, ihn auszuführen, hat aber anderseits auch Anspruch auf Ersatz der, ihm durch die Ausführung er-

[1]) Cf. Plank, Kommentar, 07, 3. Aufl., Bd. II, S. 822; Liebe, Bürgerliches Recht, 04, Bd. I, S. 571.

wachsenen, Kosten. Für die Rückerstattung dieser Kosten haftet kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung der Beauftragte „wie ein Bürge". Der Kreditauftrag ist Auftrag und bleibt dies, nachdem der also Beauftragte den Auftrag angenommen hat. Die II. Kommission hat dies gegenüber Entwurf I festgestellt. Erst wenn der Auftrag durchgeführt, das Geschäft an sich erledigt ist, ergibt sich zwischen Auftraggeber und Beauftragtem als Folge ein der Bürgschaft ähnliches Verhältnis.[1])

2. Der Garantievertrag.

Dieses Rechtsgeschäft ist oben (S. 41) schon in seinem Verhältnis auch zur Bürgschaft besprochen worden; es bezweckt: Einstehen für einen Erfolg schlechthin; er liegt im Zweifel, nicht schon in der Erteilung eines Rates, einer Empfehlung.

Er setzt niemals eine schon bestehende Verbindlichkeit voraus. Der Erfolg, für den eingestanden wird, wird sich meistens auf ein bestimmtes Ereignis („daß kein Streik ausbrechen werde") oder eine bestimmte Lage („daß ein Defizit der Ausstellung gedeckt werde") beziehen.[2])

3. Die Delcredere-Haftung des Kommissionärs (HGB. § 394).

Der Kommissionär steht dem Komittenten dafür ein, daß der Dritte, mit dem er sein Geschäft abgeschlossen hat, eine Verbindlichkeit erfüllen werde. Zwar ist hier, wie bei der Bürgschaft, Bestehen einer Hauptverbindlichkeit Voraussetzung, aber diese Verbindlichkeit ist keine fremde, sondern durch den Kommissionär selbst eingegangen.

4. Endlich bliebe zu erwähnen:

[1]) Cf. S. 56 unten.

[2]) Als praktischen Fall vgl. das Urteil des OLG. Stuttgart vom 12. Juni 08: Nicht Bürgschaft, sondern Garanticversprechen liegt vor, wenn ein Bauherr in eigenem Interesse, um drohende Arbeitseinstellung zu verhindern, einem Unteraccordanten versichert, er solle nichts verlieren.

Der Versicherungsvertrag.

Durch diesen übernimmt es der Versicherer, dem Versicherten den Vermögensschaden ganz oder teilweise zu ersetzen, der ihm aus einem bestimmten Ereignis erwachsen könnte.[3])

Charakteristisch besonders für die letzten drei Geschäfte ist es, daß bei ihnen viel umfassender als bei der Bürgschaft für einen Erfolg, ein Ereignis eingestanden wird, während der Bürge dem Gläubiger nur haftet, daß ein Dritter seine Verbindlichkeit erfüllt. Auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit läuft letzten Endes auch die Verpflichtung eines kumulativen Übernehmers hinaus und hierin liegt gerade die für diesen Vertrag so gefährliche Ähnlichkeit mit der Bürgschaft. Darum soll jetzt auseinandergesetzt werden, wie und zwischen welchen Personen der Bürgschaftsvertrag zustande kommt und wohin die Verpflichtung des Bürgen besteht. Endlich soll festgestellt werden, ob und wie weit die Prinzipien der Korrealität und der Accessorität auf diesen Bürgschaftsvertrag noch Anwendung finden.

§ 16. Begründung und Inhalt des Bürgschaftsvertrages.

Begründet werden kann der Bürgschaftsvertrag — hierüber herrscht kein Zweifel — nur zwischen Gläubiger und Bürgen (§ 765, I BGB.). Die Motive II (S. 658/59) setzen hinzu, daß die Mitwirkung des Schuldners nur eine zufällige sei und im allgemeinen auf das Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger, die Bürgschaft, ohne Einfluß. — Durch diesen Vertrag wird der Bürge verpflichtet .. einzustehen (§ 765 BGB.). Entgegen der allgemeinen Ansicht, daß hierdurch der Bürge sich als Schuldner einer bestimmten Obligation konstituiere, meint Isay,[1]) daß er hierdurch lediglich Subjekt „eines Haftungsverhältnisses

[3]) Cf. Liebe, Bürgerl. Gesetzbuch 04, Bd. I, S. 573.

[1]) Cf. Jherings Jahrb., Bd. 48, S. 194.

werde; er schulde nicht, sondern h a f t e nur". Unter Haftung versteht aber Isay ein bloßes „Einstehen sollen" im Gegensatz zum „Leisten müssen" eines Schuldverhältnisses. Reichel [2]) bemerkt, daß solche stubilen Unterschiede dem BGB. unbekannt seien. Ob sie einer künftigen Gesetzgebung einmal praktisch verwertbar erscheinen mögen, ist fraglich. Vorläufig muß daran festgehalten werden, daß, wenn das BGB. von einem „sich verpflichten" spricht, es immer das Eingehen eines regelrechten Schuldverhältnisses darunter versteht.[3])

Der Bürge ist also Schuldner. Wozu ist er verpflichtet? „Einzustehen für die Verbindlichkeit eines Dritten." (§ 765 BGB.) Wie nach diesen Worten der wirkliche Inhalt der Bürgenverpflichtung abzugrenzen ist, darüber herrscht noch heute unter den Autoren Meinungsverschiedenheit. Die Protokolle geben auf der gleichen Seite [4]) gleichsam die Leitmotive der jetzt noch entgegenstehenden Ansichten an. Es heißt dort zunächst: „Die Verpflichtung des Bürgen ist in erster Linie auf die Erfüllung der Hauptschuld gerichtet", dagegen weiter unten: „Die Eigenart der Bürgschaftsverpflichtung besteht darin, daß der Bürge nicht schlechthin für die Erfüllung, sondern für die Erfüllung seitens eines bestimmten S c h u l d n e r s einzustehen hat. Also: Bürgen heißt 1. die Hauptschuld erfüllen und es besagt 2. dafür einstehen, daß der Hauptschuldner seine Schuld erfüllt. Die einzelnen Autoren definieren die Bürgschaft so, daß die einzelne Definition bald dem Inhalt des ersten, bald dem des zweiten Satzes sich nähert. So sagt z. B. Liebe:[5]) „Der Bürgschaftsvertrag hat zum Inhalt des Einstehen für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit." Deut-

[2]) Schuldmitübernahme, S. 71.

[3]) Cf. Westerkamp, Schuldbeitrtitt, S. 143: Das Operieren mit dem Begriff „haften" ist überall noch unangebracht, wo das Verhältnis von schulden und haften nicht zum Gegenstand besonderer Untersuchung gemacht wird.

[4]) II, S. 461.

[5]) BGB. 04 I, 1. Aufl., S. 509.

licher drückt sich Cosack[6]) aus: „Der Bürge hat die Verpflichtung des Hauptschuldners zu erfüllen.“ Der entgegengesetzten Ansicht nähert sich Planck:[7]) „Der Bürge haftet nicht schlechthin in dem Sinne, daß dem Gläubiger ein bestimmter materieller Erfolg garantiert wird, sondern nur für die Erfüllung der Verbindlichkeit seitens des Hauptschuldners.“ Erklärlich sind diese vielen Schattierungen durchaus. Der Text des BGB. läßt jede derselben zu. Aber schließlich müssen wir uns entscheiden, ob, wie Reichel (S. 74) sagt: Bürgen heißt: Einstehen für die objekive Erfüllung der Hauptschuld schlechthin oder nur für die subjektive Erfüllung derselben durch den konkreten Hauptschuldner. Das Ergebnis wird von Bedeutung sein für die spätere Beurteilung des Verhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner.

Direkt läßt sich aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes für unsere Frage nichts entnehmen. Aber in vielen, ja in den meisten derselben, kommt eine Tendenz zum Ausdruck, die auch für die Fixierung des Inhalts der Bürgenverpflichtung von Wichtigkeit sein dürfte: Der Gläubiger soll nämlich den Bürgen nur in Anspruch nehmen dürfen, nachdem er vergeblich beim Hauptschuldner Befriedigung gesucht hat. Technisch spricht man hier von der „Subsidiarität der Bürgenverpflichtung“. § 771 BGB. gibt dem Bürgen die Einrede der Vorausklage. Er kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dieser nicht ohne Erfolg eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat, und nach § 772, II BGB. muß der Gläubiger sich zunächst an ein ihm ev. zustehendes Pfandrecht an beweglichen Sachen des Schuldners halten. Die Einrede der Vorausklage kann nun aber ausgeschlossen oder es kann sonst wirksam auf sie verzichtet werden. Damit fällt zwar ein wirksamer Schutz des Bürgen, aber immer noch kann er Zahlung verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige For-

[6]) Cosack, 4. Aufl. 03, S. 283.

[7]) Kommentar, III. Aufl., S. 824, Anm. 6.

derung des Schuldners befreien kann (§ 770, II BGB.). Der Bürge wird frei, insoweit der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht aufgibt (§ 776 BGB.). Endlich kann er unter gewissen Umständen noch Befreiung verlangen (§ 775 BGB.). Hieraus ergibt sich, daß auch nach der Verbürgung die Forderung des Gläubigers immer noch auf das gleiche Ziel, den alten Schuldner gerichtet ist. Grundsätzlich hat der Bürge erst einzutreten, wenn dieser Schuldner nicht zahlt. Dies ist der notwendige Schluß aus der Stellung des Bürgen „hinter dem Schuldner", die trotz Wegfalls der Einrede der Vorausklage begrifflich immer eine subsidiäre bleibt.[8]) Ein weiteres Argument dafür, daß Bürgen immer nur Einstehen für Erfüllung durch den Hauptschuldner sein kann, bringt Reichel[9]) durch folgendes Beispiel: Eine Schuld kann nicht nur in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehen, sondern kann auch gerichtet sein auf ein unvertretbares, höchst persönliches Leisten des Hauptschuldners; „auch hierfür ist Verbürgung möglich".[10]) Wie sollte aber der Bürge die Hauptschuld erfüllen können, da dieses nur dem Hauptschuldner persönlich möglich ist? Der Bürge würde sich auf eine unmögliche Leistung verpflichten, daher wäre der Vertrag nach § 306 BGB. nichtig. Wenn er in Anspruch genommen wird, bleibt ihm in diesem Falle nichts übrig, als auf den Hauptschuldner einzuwirken, daß er die betreffende Handlung vornehme. Der Bürge haftet niemals für die Schuld, sondern für den Schuldner.

Westerkamp[11]) kommt zu diesem Resultat auf Grund einer Vergleichung der §§ 668 und 672 des Entwurfs I. Während der Bürge nach § 668 E. 1 nur „verpflichtet wird, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen",

---

[8]) Cf. auch § 668 Entw. I: „Der Bürge wird verpflichtet, die Verbindlichkeit des Urschuldners zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt."

[9]) Reichel, S. 75.

[10]) Oertmann, Kommentar, 1910, 2. Aufl., Bd. 2, S. 491, Bem. 3.

[11]) Schuldbeitritt, S. 150 ff.

haftet er nach § 672 E. 1 für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit.

Unseres Erachtens ist schon durch das Wort „haften" genügend ausgesprochen, daß der Bürge für eine Person sich verpflichtet. Sich verhaften heißt: die ganze eigene Person binden, und dies geschieht im Bürgschaftsfall aus besonderem Interesse für eine andere Person. Die gegenteilige Ansicht, der Bürge habe die Schuld des Hauptschuldners zu erfüllen, ist nichts als der Ausdruck einer geläufigen Verkehrsanschauung.

Die Verbürgung geschieht im Regelfalle für eine Geldschuld. Hier macht sich der Bürge tatsächlich von seiner Verpflichtung frei, indem er zahlt, was ursprünglich der Urschuldner zu erlegen gehabt hätte. Dies ist eine natürliche Art der Bürgenverpflichtung. Einstehen für jemanden kann man nur mit seinem Vermögen. Darunter sind nicht nur die Geldmittel verstanden, sondern auch z. B. das moralische Gewicht des Einstehenden, mit dem er, soweit es nicht die Grenzen des Erlaubten überschreitet, einen Druck auf den Schuldner ausüben kann, damit er zahle. Wenn dieses Mittel versagt, dann muß der Bürge — soweit reicht seine Verpflichtung — mit seinen übrigen Mitteln, hauptsächlich mit seinem Gelde einstehen. Bestand die Schuld des Hauptschuldners ebenfalls in Geld, dann wird die Leistung des Bürgen im Effekt die gleiche sein, wie der Schuldner sie hätte bewirken müssen. Aus dem Satze: Der Bürge verpflichtet sich nur für den Schuldner, die „Schuld" muß ihm immer durch die Persönlichkeit des Schuldners vermittelt werden, lassen sich zwei Konsequenzen ziehen: Die Verbindlichkeit des Schuldners ist für den Bürgen eine prinzipiell fremde. Der Inhalt seiner Verpflichtung ist ein ganz anderer als die des Hauptschuldners. Hieraus muß sich die Beantwortung einer sehr bestrittenen Frage ergeben, ob Bürge und Hauptschuldner in einem Gesamtschuldverhältnis stehen können.[12])

[12]) Daß die Bürgenverpflichtung an die Persönlichkeit des Urschuldners nicht an die Urschuld anknüpft, dafür spricht auch § 418

Charakter der Bürgschaft.

§ 17. Sind Bürge und Hauptschuldner Gesamtschuldner?

Herms[1]) nimmt zwar auch die Schuld des Bürgen von der des Hauptschuldners verschieden an, aber er kommt gerade auf Grund dessen zu dem Ergebnis, daß Bürge und Hauptschuldner in einem Gesamtschuldverhältnis stehen müssen. (Dies war nur mit Hilfe des § 425 BGB. möglich.) Um das Gegenteil zu beweisen, darf man sich nicht auf die Verschiedenheit des Schuldgrundes stützen: Daß A. aus der Urschuld, sein Bürge aber aus der Bürgschaftsverpflichtung schuldet; denn hierdurch wird nach herrschender Meinung das Zustandekommen einer Gesamtschuld nicht gehindert. Auch das Ziel ist für Bürge und Urschuldner das gleiche: Befriedigung des Gläubigers für eine bestimmte Forderung. Nur der Inhalt der beiden Obligationen ist verschieden: Der Urschuldner haftet für die Schuld; der Bürge für den Urschuldner. Schon hierdurch ist die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen. § 421 BGB. besagt ausdrücklich: „Schulden mehrere eine Leistung....., so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner..... fordern."

Unsere Ansicht wird außerdem bestätigt durch die §§ 769 und 774 II BGB.[2])

§ 769 läßt mehrere Bürgen als Gesamtschuldner haften. Würden Hauptschuldner und Bürge in einem Gesamtschuldverhältnis stehen, so müßte dies zwischen mehreren Bürgen erst recht der Fall sein, und die Bestimmung des Gesetzes wäre überflüssig und zwecklos. Noch deutlicher spricht sich in dieser Hinsicht § 774 aus: „Soweit

---

BGB., der die für eine Forderung gestellte Bürgschaft erlöschen läßt, wenn ein neuer Schuldner an Stelle des bisherigen in das Schuldverhältnis eintritt.

[1]) Bürgschaft nach BGB., Diss. Rostock 00.

[2]) Cf. Reichel, Schuldmitübernahme, S. 87.

der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers auf ihn über", dagegen Mitbürgen haften einander nur nach § 426 BGB. d. h.: „Soweit sie von den übrigen Ausgleichung verlangen können."

Den letzten und entscheidensten Beweis dafür, daß Bürge und Hauptschuldner nie Gesamtschuldner sein können, wird aber erst der folgende Paragraph dieser Arbeit liefern: Falls es gelingen sollte darzutun, daß nach unserem Gesetze die Bürgenschuld der Hauptschuld immer accessorisch sein muß, mit anderen Worten neben dieser keine Selbständigkeit besitzt; denn § 421 BGB. setzt voraus mehrere unabhängig voneinander bestehende Obligationen, die nur gleichen Inhalt und gleichen Zweck haben.

§ 18. Accessorietät der Bürgenschuld im Verhältnis zur Hauptschuld.

Wie sind in der Lage, feststellen zu können, daß in seiner jetzigen Fassung das Gesetz über die Accessorität der Bürgenschuld zur Hauptschuld keinen Zweifel läßt. Gerade das Prinzip enthält der erste Satz des § 767 BGB. „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend."[1]) Nicht nur nach dem Umfang der Hauptschuld zur Zeit des Eingehens der Bürgenschuld bestimmt sich das Maß dieser Verpflichtung, sondern die Hauptschuld mag an rechtlichen Schicksalen durchmachen, soivel ihrer nur denkbar sind, die Bürgenschuld folgt ihr getreulich nach, wie „dem Körper der Schatten".[2])

Verbessert sich die Lage des Hauptschuldners, dann ist auch die des Bürgen gehoben (cf. § 768 BGB.: Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.[3])

[1]) Cf. Motive II, S. 659: Die Bürgschaft ist accessorischer Natur, indem sie eine bestehende Verbindlichkeit voraussetzt.

[2]) Cf. Reichel, Schuldmitübernahme, S. 84.

[3]) Cf. Motive 2, S. 661.

Umgekehrt, verschlechtert sich die Lage des Hauptschuldners, so wird natürlich auch die Schuld des Bürgen vergrößert. (Einstehen für Verschulden und Verzug des Hauptschuldners; Haften für Kündigung und Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner, § 767 BGB.)

Immerhin, der Bürge haftet nur dafür, daß der Schuldner die individuelle Hauptschuld erfüllt. Wird die ursprüngliche Schuld willkürlich durch Rechtsgeschäft erweitert, so bleibt die Bürgenverpflichtung bei der früheren Höhe stehen. Wird sie in ihrem Wesen durch Parteivereinbarung völlig verändert, so erlischt die Bürgenverpflichtung (§ 767, I, 2, BGB.). Hierin liegt nur eine scheinbare Durchbrechung des Prinzips der Accessorität. Ebenso verhält es sich mit einem vom Hauptschuldner erteilten Verzichte auf Einreden nach Eingehung des Bürgschaftsvertrages (cf. § 768, II BGB.). Hierdurch, sagen die Motive,[5]) wird im rechtlichen Effekt eine neue Verbindlichkeit geschaffen, für welche einzustehen der Bürge nicht versprochen hat. Die Haftung hierfür müßte durch besondere Vereinbarung übernommen werden. Andererseits ist gemäß dem Prinzip zweifellos, daß der Bürge, sich auf eine durch Rechtsgeschäft eintretende Minderung der Hauptschuld zu berufen, berechtigt ist.

Aus dem Grundsatz der Accessorität ergibt sich ferner, daß ein Bürgschaftsversprechen nichtig ist, welches der Bürge abgibt für eine Schuld, von der er weiß, daß sie nicht besteht. Ebenso entsteht aus der Bürgschaftsübernahme keine Verbindlichkeit, wenn die Hauptverbindlichkeit ungültig ist, z. B. eine Wucherschuld.[6]) u. [7]) Ungültig ist sie auch, wenn sie für eine Verpflichtung, die ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eingegangen ist, geleistet wird.[8]) Außerdem enthielt Entwurf I, § 670 die Vorschrift, daß der Bürge, wenn er sich zu einer größeren

[5]) Motive, S. 665.
[6]) Cf. Mot. II, S. 663.
[7]) Cf. Planck, Kom., Bd. II, 07, 3. Aufl., S. 824, 8 a.
[8]) Cf. Mot. II, S. 662.

oder beschwerlicheren Leistung als der Hauptschuldner verpflichtet, er nicht weiter haftet, als der Hauptschuldner verpflichtet ist. Und die Motive[9]) fügen hinzu, daß „diese Bestimmungen beruhen auf dem Prinzip der nur accessorischen Natur der Bürgschaft.[10])

Schließlich liefert einen Beweis auch § 765 BGB., wenn er, wie wir dies getan haben, dahin interpretiert wird: der Bürge steht dafür ein, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt. Haftet er für die Person des Schuldners, dann muß sich das Maß seiner Verbindlichkeit auch nach der des Schuldners richten.

Nach diesen Ausführungen ist es erlaubt, den Schluß zu ziehen: „Das Bürgschaftsrecht des BGB. ist streng accessorisch gestaltet, nicht nur hinsichltich des Entstehens, sondern auch hinsichtlich des Bestehens der Bürgenverbindlichkeit. Die Bedeutung der Accessorietät für das Bürgschaftsrecht soll im folgenden Paragraphen an einigen Beispielen erläutert werden.[11])

§ 19. Besondere Fälle der Verbürgung.

Einige besonders geartete Schuldverhältnisse geben dem Zweifel Raum, ob überhaupt eine Verbürgung bei ihnen zulässig ist.

Für eine verjährte Forderung kann Bürgschaft geleistet werden. Die Schuld als solche besteht ja noch; nur ihrer Geltendmachung von Gläubigerseite steht eine peremptorische Einrede entgegen. Da das Gesetz für jede „Verbindlichkeit“ die Bestellung einer Bürgschaft zuläßt, wird sie auch bei verjährten Forderungen möglich sein. Allerdings ist sie gemäß dem accessorischen Prinzip so wenig einklagbar, wie die Hauptschuld.[1])

Bei anderen sogenannten naturalen Verbindlichkeiten:

[9]) Ebd., S. 660.

[10]) Cf. Planck, S. 825, Bd. 9, Oertmann, S. 834, 3 b.

[11]) Cf. Westerkamp, Schudbeitritt, S. 131.

[1]) Cf. Westerkamp, S. 85; Planck, S. 824, 8 a, II.

Den Forderungen aus Spiel, Wette, einem Differenzgeschäft, meint Planck,[2]) „daß eine Bürgschaft unzulässig sei; hat aber der Bürge aus einer solchen Bürgschaft geleistet, so ist die Rückforderung ausgeschlossen". Dieses würde sich nicht mit der Accessorität vertragen. Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß z. B. durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird (§ 762 BGB.). Wo keine Verbindlichkeit besteht, ist aber auch die Bürgschaft ausgeschlossen. Ein dahin zielender Vertrag wäre nichtig und wenn auf Grund desselben irgend etwas geleistet wäre, könnte eine Rückforderung Platz greifen. (Cf. Westerkamp, S. 83.)

§ 780 BGB. spricht dem Prinzip der Accessorietät gemäß aus, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, aber er setzt hinzu: stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Hauptschuldner beschränkt haftet. Hier würde eine Durchbrechung des Grundsatzes vorliegen, wenn der Bürge für die Schuld, nicht für den Schuldner einstände. Denn der Umfang seiner Haftung wäre größer als die des augenblicklichen Schuldners. Man braucht sich jedoch nur zu erinnern, daß der Bürge sich verpflichtet hat, daß der Erblasser, nicht daß der Erbe zahle; für den Bürgen ist der Erblasser immer noch fingierter Schuldner. Er hat wie dieser, wenn er noch lebte, es tun müßte, für die Obligation in vollem Umfange einzustehen. Der Erbe dagegen ist durch das Gesetz hierin besser gestellt.

Bestritten ist, ob man den Bürgen forthaften lassen soll, wenn er durch sein Verschulden die Leistung des Hauptschuldners unmöglich gemacht hat. Wird durch sein Verhalten der Tatbestand der §§ 823 ff. BGB. erfüllt, so wird man ihn demgemäß auf Schadenersatz belangen können. Aber vom Deliktsstandpunkt, nicht von der Verpflichtung als Bürge aus. (Hierüber Einigkeit!) Denn wenn die Hauptschuld unmöglich geworden ist, ist mit ihr die

[2]) Cf. Kom., S. 824, 8 a.

accessorische Bürgenschuld hinfällig. Wird die Hauptschuld also trotz Fehlens der Voraussetzungen der §§ 823 ff. unmöglich, so kann ein Anspruch irgend welcher Art gegen den Bürgen nicht mehr begründet werden. (Ein Verschulden des Bürgen ist auch hier vorausgesetzt.) Es frägt sich, ob, wie Planck [3]) meint, der Bürge wegen Verletzung der durch den Bürgschaftsvertrag begründeten Pflichten evtl. doch noch verantwortlich sein könnte. Planck bejaht dies. Dagegen sind K i s c h [4]) und Westerkamp,[5]) unseres Erachtens mit Recht. Es liegt durchaus kein Grund vor, das streng accessorische Verhältnis zwischen Bürgen und Haftschuldner zu durchbrechen. Der Bürge will den Gläubiger gegen ein evtl. Versagen des Hauptschuldners schützen. In unserem Fall wird aber die Schuld, nicht der Schuldner affektiert. Der Bürge müßte neben dem Hauptschuldner als Gesamtschuldner sich verpflichtet haben, um noch herangezogen werden zu können, falls der Hauptschuldner wegen einer in seiner Person eintretenden Unmöglichkeit frei würde. Dies ist nicht der Fall.

Eine Ausnahme in der accessorischen Haftung des Bürgen ist enthalten in KO. § 193.[6]) Er bestimmt: Die Rechte der Gläubiger..... gegen Bürgen des Gemeinschuldners..... werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Der Bürge muß auf die volle Summe einstehen, während der Gemeinschuldner mit rechtskräftiger Betätigung des Vergleichs nur einen gewissen Prozentsatz von ihr schuldet. Dieser Widerspruch mit dem Prinzip des Bürgschaftsrechts erklärt sich verhältnismäßig leicht:

Der Schuldner verdankt die Vergünstigung nur seiner besonderen Lage. Der Bürge hingegen ist eingestanden, daß der Schuldner überhaupt zahle — umsomehr wird er einspringen müssen, wenn infolge außergewöhn-

---

[3]) Komm., S. 838, B.

[4]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 44, S. 506 ff., 523.

[5]) Schuldbeitritt, S. 110.

[6]) Of. Schuldbeitritt (Westerkamp), S. 90, Reichel, Schuldmitübernahme, S. 86.

licher Umstände der Schuldner voraussichtlich unfähig wird, seine Verpflichtungen ganz zu erfüllen.

§ 20. Zusammenfassung.

Wir brauchen hier nur mit wenigen Worten zu bemerken, daß der Bürgschaftsvertrag ein causaler Vertrag ist: Der Bürge bezieht sich beim Eingehen seiner Verpflichtung ausdrücklich auf eine schon bestehende Hauptschuld. Dieser Vertrag ist ein einseitiger. Nur der Bürge verpflichtet sich (cf. § 765 BGB.). Ebenso wie der kumulative Schuldübernahmevertrag ist es denkbar, daß der Bürgschaftsvertrag im Rahmen eines anderen zweiseitigen Vertrages geschlossen wird.

Der zuletzt erörterte § 193 KO. erinnert deutlich genug daran, daß auch in der Accessorietät nicht das Wesen der Bürgschaft zu finden ist, sondern daß auch sie Bedingung und Folge zugleich eines höheren Prinzips ist: Des wirtschaftlichen Zweckes, der dieses Institut überhaupt geschaffen und entwickelt hat. Warum schließt der Bürge diesen ganz eigenartigen Vertrag mit dem Gläubiger ab? — Er will ihn sichern, daß d i e s e r Schuldner seine Forderung bezahlt. Die Sicherung erweist sich denn für das ganze Bürgschaftsrecht als bestimmend: Kommt sie in Frage, dann muß der Schuldner Verzicht leisten auf seinen besten Schutz, den wirksamsten Teil der Subsidiarität, die Einrede der Vorausklage. Ihretwegen (der Sicherung) dürfen umgekehrt Schuldner und Bürge nie in einem Gesamtschuldverhältnis stehen; denn in diesem Augenblick würde letzterer nicht mehr im Interesse des Schuldners, sondern der Schulden auftreten. Schließlich hat der Sicherungszweck die Accessorietät, wenn auch nur in einem einzigen Falle: § 193 KO. durchbrochen.

Aus dem Sicherungszweck heraus sind eine Reihe andere Geschäfte entstanden, die bald seiner Ausprägung dienen sollen, wie die Schadlosbürgschaft, bei der der

Bürge nur für den dem Gläubiger drohenden Ausfall beim Urschuldner haftet, bald eine Weiterentwickelung dieses Zwecks sind.

Hierher gehören die Nachbürgschaft, durch die beim Gläubiger wieder für den Bürgen eingestanden wird und die Rückbürgschaft, die den Bürgen für seinen ev. Regreßanspruch gegen den Urschuldner sichert.

Besonderer Teil.

Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft.

I. In der Theorie.

§ 21. Gegenüberstellung des Tatbestandes beider Rechtsgeschäfte.

Auf Grund der bisherigen Untersuchungen wollen wir kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft vergleichend einander gegenüberstellen. Die Resultate des allgemeinen Teiles dieser Arbeit sollen zunächst wiederholt und die dabei sich etwa ergebenden Unterschiede in der Konstruktion der beiden Rechtsgeschäfte gebührend hervorgehoben und alsdann festgestellt werden, wie in ihren Wirkungen die Bürgschaft sowohl als auch die kumulative Schuldübernahme sich verhalten. Bis dahin muß sich ergeben haben, ob theoretisch wenigstens die kumulative Schuldübernahme als selbständiges Institut zu betrachten ist. Zum Schlusse wird von der wirtschaftlichen Bedeutung der kumultaiven Schuldübernahme im Vergleich zur Bürgschaft zu sprechen sein.

Wie wir gesehen haben, gehören Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme zu den Interzessionen. Beide kommen zustande durch einen Vertrag, der causal sein muß, weil Bürge wie Übernehmer beim Eingehen ihrer Verpflichtung ausdrücklich Bezug nehmen müssen auf ein schon bestehendes Schuldverhältnis.

Beide Verträge sind einseitig verpflichtender Natur, insofern nur der Bürge oder Übernehmer eine bestimmte Leistung versprechen.

Bis hierher stimmen die zwei Institute in ihren Grundlagen überein. Nun aber: ist der Bürgschaftsvertrag nur

möglich zwischen Gläubiger und Bürgen; der kumulative Schuldübernahmevertrag dagegen kann geschlossen werden zwischen Übernehmer und Gläubiger und zwischen Übernehmer und Urschuldner. Schon dieses deutet auf einen ganz anderen Umfang, eine viel ausgedehntere Interessensphäre, die im Vergleich zur Bürgschaft die kumulative Schuldübernahme behaupten muß. Noch weiter wird die Kluft, wenn wir auf den Inhalt der beiden Verträge hinweisen. Der Übernehmer verpflichtet sich: Die Schuld des Urschuldners, wie sie eben besteht, neben diesem jedoch als eigne zu schulden. Der Bürge will einstehen dafür, daß der Hauptschuldner den Gläubiger in seiner Forderung befriedigt.

Der Übernehmer will aus demselben Grunde schulden wie der Urschuldner; der Bürge will aus eigener Causa verpflichtet sein, weil er bloß einsteht für den Urschuldner. Der Übernehmer hat eine gleichartige Leistung neben dem Urschuldner zu entrichten, der Bürge eine andersartige. Grund und Inhalt der Verpflichtung des Übernehmers sind homogen der des Schuldners, darum liegt zwischen beiden ein Gesamtschuldverhältnis vor. Umgekehrt sind Grund und Inhalt der Bürgenschuld verschieden von der Hauptschuld beim Bürgen, also können Bürge und Hauptschuldner niemals Gesamtschuldner sein.

Überhaupt ist das Gesamtschuldverhältnis die brennende Frage beim Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft. Hier unterscheiden sich beide wesentlich. Es bleibt im einzelnen zu untersuchen, wie weit mit Hilfe des § 425 BGB. Interzessionsgrundsätze den Gesamtschuldcharakter der kumulativen Schuldübernahme nach außen hin zu beeinflussen vermögen.

In der Entstehung ist die Schuld des Übernehmers abhängig von der Urschuld; weiterhin bewahrt sie sich ihre völlige Selbständigkeit; nur soweit die Hauptschuld durch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung erlischt, gilt auch die Übernahmeschuld als getilgt. Die Bürgenschuld dagegen ist im Verhältnis

zur Hauptschuld niemals selbständig, sondern wird von Anfang an und dann fortgesetzt durch deren Schicksal bestimmt: Ist ihr accessorisch.

Hieran ändert sich nichts, wenn der Bürge unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage oder sonst unter Ausschluß dieser Einrede „als Selbstschuldner" sich verpflichtet. Auch er will nur sichern, schuldet nur accessorisch: wer „w i e ein Hauptschuldner" sich verpflichtet, tritt darum noch nicht als selbständiger Hauptschuldner in ein bereits bestehendes Schuldverhältnis ein.

Ein Blick auf die bisher festgestellten Unterschiede zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft lehrt, daß höchstwahrscheinlich beide Rechtsgeschäfte einen gemeinsamen Ursprung gehabt haben: Die Gesamtschuld. Aus dem Bande dieses Verhältnisses ist es der Bürgschaft geglückt, sich gänzlich zu entwinden. Sie ist nach unserm Gesetze reines Interzessionsgeschäft geworden. Die kumulative Schuldübernahme, — wollte sie daneben ihre Eigenart bewahren, — mußte sich hüten vor einer zu weitgehenden Tendenz nach der Interzession hin. Sie blieb im Grunde Gesamtschuldverhältnis; daher durch Jahrhunderte unentwickelt und ziemlich unbeachtet. Erst als Keller und Ribbentrop den Streit über Wesen und Arten der Korrealverhältnisse entfachten,[1]) und in neuester Zeit mit dem Auftauchen der „Mehrheitstheorie" die Erkenntnis von der möglichsten Selbständigkeit der einzelnen Gesamtschuldner sich Bahn brach, konnte die kumulative Schuldübernahme ebenfalls auf eine gesunde Basis gestellt werden, Anspruch auf einen Platz im wirtschaftlichen Leben, auf Beachtung in der Praxis ereheben.

Daß selbst moderne Gesetzgebungen die alte Verwandtschaft der Bürgschaft mit der Gesamtschuld nachdrücklich und praktisch auszunützen wußten, beweist Art. 2021 des code civil: „La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'au défaut du débiteur.... au moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discution et qu'elle

[1]) Cf. Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen 1831.

ne se soit obligée solidairement avec le debiteur. Auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires." Also: der sogenannte selbstschuldnerische Bürge wäre hiernach nichts weiter als: ein Gesamtschuldner.

§ 22. Wirkungen der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme im einzelnen.

Zwei Rechtsgeschäfte können in ihren Grundlagen getrennt sein, aber doch in den Folgen übereinstimmen oder zusammentreffen. Es wird darum auch bei der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft genau zu erwägen sein, wie die einzelnen Tatsachen, welche bestimmend, ändernd oder zerstörend auf ein Schuldverhältnis wirken, im besonderen bei ihnen sich bemerkbar machen. Das Bild, welches die bisherige Darstellung von den beiden Rechtsgeschäften gegeben hat, wird dadurch gleichsam Relief erhalten: Jeder noch so geringe Unterschied muß in die Augen springen. Das Verdienst, schon für das gemeine Recht einen Vergleich zwischen Fidejussion und Interzession durch Beitritt als Korrealschludner im einzelnen angestellt zu haben, gebührt unseres Wissens Hasenbalg.[1])

A. Verpflichtung in aliam rem, in duriorem conditionem.

Beim Abschluß des Vertrages ist das Bestehen der Hauptverbindlichkeit für kumulative Schuldübernahme, nicht dagegen für die Bürgschaft conditio sine qua non. § 765, II, BGB.

Inwieweit wird nun durch eine schon bestehende Obligation die zweite, durch Interzession zustande gekommene, beeinflußt? Die Verpflichtung des Bürgen greift auf den Urschuldner zurück. Er steht für fremde Solvenz ein, daher ist unerläßlich, daß er den Grad, die Höhe desselben bei Vertragsabschluß genau festsetzen läßt. Bürgschaft in aliam rem ist also undenkbar. Zu demselben Resultat

[1]) Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870, S. 60/72.

kommen wir, wenn wir die Accessorität in Erwägung ziehen. Eine Schuld, die in jedem Moment von einem andern abhängig ist, kann nicht anderer Art als letztere sein. Dadurch wird selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß der Bürge, wie jeder Schuldner sich mit dem Gläubiger über den Zeitpunkt einigen kann, von dem ab er verpflichtet sein will, sowie daß er sich ev. durch eine Leistung an Erfüllungsstatt befriedigen kann.[2])

In duriorem causam konnte der Bürge in Rom sich nicht verpflichten. In diesem Fall war das ganze Geschäft nichtig. Entwurf I § 670 besagt gleichfalls: Hat der Bürge sich zu einer größeren oder beschwerlicheren Leistung verpflichtet, als zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, oder hat er eine Leistung, zu welcher der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist, unbedingt versprochen, so haftet der Bürge nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist. — Der Bürgschaftsvertrag bleibt also an und für sich gültig. Nur die über das Debet des Hauptschuldners hinausgehende Verpflichtung ist hinfällig, falls nicht nach Form und Inhalt etwa § 518 oder § 780 BGB. gewahrt sind.

Für den Schuldübernehmer wäre eine Verpflichtung in aliam rem auch meist eine in aliam causam.[3]) Insofern wäre sie aber mit den Grundsätzen der kumulativen Schuldübernahme unvereinbar, da hier gerade durch Interzession die causa der Urschuld aufgenommen und zur eigenen gemacht wird, so daß ein Gesamtschuldverhältnis die Folge ist. Stimmen in dieser Beziehung Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme auch überein,[4]) so ist doch der Grund dieser Gleichheit nicht derselbe. Beim Bürgen liegt es an der Accessorität, beim Übernehmer am Gesamtschuldverhältnis, wenn diese Beschränkung

[2]) Besonders bei Bürgschaft für unvertretbare Leistung des Hauptschuldners; s. oben.

[3]) Westerkamp, der die kumulative Schuldübernahme zu den abstrakten Rechtsgeschäften zählt, erkennt infolgedessen auch die Möglichkeit an, daß der Beitretende zu einer anderen Leistung verpflichtet wird; S. 394.

[4]) Cf. Reichel, S. 382 a. A.; Westerkamp, S. 394.

eintritt. Von der Begründung ab ist jedoch die Übernahmeverpflichtung eine selbständige; Beschwerungen sind daher statthaft. Auch darf der Übernehmer unbedingt, der Urschuldner nur bedingt schulden. Wenn es zur Leistung wirklich kommt und der Übernehmer belangt wird, kann also tatsächlich seine Verpflichtung eine ganz andere sein als die des Urschuldners. Eine gelindere Haftung als die des Hauptschuldners verträgt sich mit den Prinzipien des Bürgschaftsrechts: Sicherungszweck und Accessorität bleiben erhalten. Ebenso kann die causa nicht modifiziert werden, wenn der Übernehmer sich verpflichtet, nur bedingt zu schulden, während der Urschuldner unbedingt verpflichtet ist. Es ist selbst möglich, daß der Übernehmer ausmacht: Er solle erst in Anspruch genommen werden, wenn der Urschuldner vergeblich angeklagt sei. Dieser vertragsmäßige Vorbehalt der Vorausklage wird die selbständige Haftung des Übernehmers neben dem Urschuldner nicht beeinträchtigen.

B. Rücktritt.[4])

Das Schuldverhältnis als Ganzes wird durch den Rücktritt betroffen und aufgelöst (§ 346 BGB.). Für die kumulative Schuldübernahme erhebt sich zunächst die Frage, ob die Bestimmung des § 356 BGB. auf sie Anwendung findet. Danach kann das Rücktrittsrecht, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere beteiligt sind, nur von allen gegen alle ausgeübt werden. Allein wir dürfen nicht vergessen, daß die kumulative Schuldübernahme nicht nur vom Gesichtspunkte eines Gesamtschuldverhältnisses, sondern auch als Interzessionsgeschäft beurteilt sein will. Soweit es im Rahmen der Gesamtschuldverhältnisse möglich ist, dürfte eine weitgehende Hervorhebung der Selbständigkeit bei den einzelnen Schuldnern am Platze sein. Da überdies die Bestimmung des § 356 BGB. nur dispositiv ist, dürfte eine so tiefgreifende Einwirkung wie die Bedingung eines nur gemeinsam auszuübenden Rücktritts-

[4]) Cf. Westerkamp, S. 426 ff.; Reichel, S. 366 ff.

rechts für die kumulative Schuldübernahme ausgeschlossen sein. „Trotz der Mitübernahme bleibt dem Urschuldner das ihm zustehende Rücktrittsrecht zur selbständigen und unbeschränkten Ausübung.“ [5])

Hatte sich nun der Urschuldner vor Eingehen der kumulativen Schuldübernahme das Rücktrittsrecht vorbehalten und macht er nachträglich von seiner Befugnis Gebrauch, so werden die Folgen auch dem Übernehmer zugute kommen, da der gesamte Aufbau des Vertrags jetzt zusammenstürzt. Ebenso verhält es sich mit einem kraft Gesetzesvorschrift vom Hauptschuldner erlärten Rücktritt.[6])

Ob ein nach Begründung der kumulativen Schuldübernahme vom Urschuldner mit dem Gläubiger vereinbartes Rücktrittsrecht auch auf den Übernehmer sich erstreckt, dürfte im Prinzip zu verneinen sein. Der Übernehmer kann in der Regel ein selbständiges Rücktrittsrecht nicht ausüben. Er hat sich lediglich verpflichtet, die Schuld des Urschuldners zu begleichen. Allen übrigen Beziehungen zwischen Urschuldner und Gläubiger, die bei zweiseitigen Schuldverhältnissen (Verträgen) Forderungen und Verpflichtungen bei jeder Partei entstehen lassen und die in ihrer Gesamtheit erst ein bestimmtes Schuldverhältnis darstellen, steht er an sich vollständig fern. Es ist daher undenkbar, daß er als Schuldner einer bestimmten Forderung das gesamte Rechtsverhältnis, aus dem seine Verpflichtung erst entstanden ist, durch selbständige Ausübung des Rücktritts zu zertrümmern vermöchte.

Es ist jedoch möglich, daß bei Begründung der kumulativen Schuldübernahme ein selbständiges Rücktrittsrecht für den Übernehmer vereinbart wird. Voraussetzung ist nur, daß er dann in das gesamte Rechtsverhältnis eintritt, z. B. als Übernehmer der Mietzinsforderung in das Miets-

[5]) Siehe Reichel, S. 369. Eine besondere Vereinbarung, daß der Rücktritt nur nach § 356 BGB. sich vollziehen dürfe, ist unter gewissen Bedingungen nicht ausgeschlossen.

[6]) §§ 325, 467 BGB. usw.

verhältnis. Dieser Eintritt kann aber allein mit Zustimmung des Gläubigers und Urschuldners geschehen.

Die Verpflichtung der Bürgen erlischt natürlich, sobald infolge des vom Hauptschuldner erklärten Rücktritts die Hauptverbindlichkeit zu bestehen aufgehört hat (§ 767, Abs. 1, BGB.). Gleichgültig ist, ob der Schuldner vor oder nach Eingehung der Bürgenverpflichtung das fragliche Recht vereinbart hat.

Da der Bürge nicht Schuldner der Hauptschuld ist, so darf er selbst — im Gegensatz zum Übernehmer — ein Rücktrittsrecht unter keinen Umständen ausüben.

C. Verzug und Verschulden.[7])

Die Bürgschaft stellt dar ein Einstehen dafür, daß ein Gläubiger von einem bestimmten Schuldner durch eine bestimmte Leistung befriedigt wird, und zwar in vollkommener und verkehrsüblicher Weise. Daher muß der Bürge sich in Anspruch nehmen lassen, wenn durch Verschulden des Hauptschuldners dem Gläubiger ein Schaden entsteht, entweder bei der Bewirkung der Leistung oder durch die bewirkte Leistung (cf. § 767 II, BGB.).

Der § 425 BGB. zählt unter den Tatsachen, die nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, auch das „Verschulden" auf. Diese Auffassung kann unseres Erachtens durch die besonderen Verhältnisse der kumulativen Schuldübernahme nicht modifiziert werden. Trotz der Interzession streben, wie schon oft hervorgehoben, die nebeneinander tretenden Schuldner unabhängig von einander auf das gemeinsame Ziel: Die Erfüllung, zu. Hat der eine voll geleistet, so kann für den andern das dabei unterlaufende persönliche Verschulden des ersten nicht in Frage kommen. Wir konstatieren also, daß in bezug auf Verschulden Bürge und Übernehmer völlig verschieden zu behandeln sind. Die Bürgenverpflichtung wird geringer gemäß dem Grundsatz der Ac-

[7]) Cf. Westerkamp, S. 386 ff.; Reichel, S. 407 ff.

cessorität, wenn auch die des Hauptschuldners infolge Annahmeverzuges sich ermäßigt.

Für die Gesamtschuldverhältnisse setzt § 424 BGB. fest, daß der Gläubigerverzug gegenüber einem auch für die übrigen Gesamtschuldner wirke. Wie wir gezeigt haben, wurde dieser Paragraph an Stelle des § 326 Entwurf II, der das Gegenteil bestimmte (in strenger Durchführung des Mehrheitsprinzips!) gesetzt. Es liegt kein Grund vor, die positive Vorschrift des Gesetzes nicht auch für die kumulative Schuldübernahme gelten zu lassen.

Für den Verzug des Schuldners haftet der Bürge selbstverständlich. Gerade für diese Eventualitäten ist er ja Sicherungsperson des Gläubigers! Schwierig gestalten sich die Verhältnisse, wenn in der Person eines Übernehmers oder des Urschuldners Verzug eintritt. Er wirkt zwar nach § 425 II BGB. nur für und gegen den Schuldner, in dessen Person er eintritt. Aber wie, wenn infolge des Verzuges der Gläubiger sein Rücktrittsrecht ausüben will, muß er dies jetzt gemäß § 356 BGB. gegenüber allen Schuldnern erklären?[8]) Wir meinen ja! Damit schließen wir uns Westerkamp (S. 367) an, der die Rechte aus § 286 II BGB. dem Gläubiger nur geben will, wenn sämtliche Schuldner in Verzug geraten sind und das Rücksichtsrecht dann allen gegenüber ausgeübt werden kann. Natürlich kann in jedem Falle von dem in Verzug geratenen Schuldner der Gläubiger Schadenersatz verlangen (§ 286 I BGB.).[9])

D. Kündigung und Mahnung.[10])

Der Bürge kann als Fremdschuldner nicht berechtigt sein, die Hauptschuld zu kündigen. Seine eigene Schuld wird er mangels gesetzlicher Bestimmung nur kündigen können, wenn dies besonders ausgemacht ist.

[8]) § 356 hier einschlagend, weil vom Gläubiger-Erfüllungsstandpunkt aus die mehreren Obligationen sich als Einheit zusammenfinden.

[9]) Cf. Reichel, 409; Westerkamp, S. 366.

[10]) Reichel, S. 433 ff.; Westerkamp, S. 366 ff.

Kündigt der Gläubiger dem Hauptschuldner, so muß für etwaige Folgen dieser Rechtshandlung der Bürge einstehen (§ 767, Abs. II, BGB.).

Bei der kumulativen Schuldübernahme wird die Kündigung von seiten des Gläubigers gegenüber dem Urschuldner oder Übernehmer nach den Normen der Gesamtschuld nur in der Person desjenigen wirken, demgegenüber sie erfolgt (§ 425, Abs. 2, BGB.).

Freilich wird das konkrete Schuldverhältnis diese Regel nicht beachten. Besonders für die kumulative Schuldübernahme als Interzessionsgeschäft muß diese Annahme gelten. Bei einem Mietsverhältnis z. B. wäre es, wie Reichel sich ausdrückt: offenbarer Widersinn, den Mitübernehmer weiter haften zu lassen, weil ihm nicht gekündigt worden ist.[11])

Die Kündigung des Urschuldners erstreckt ihre Wirkung natürlich auf den Übernehmer.

Für die Kündigungsbefugnis des Übernehmers müssen die bei der Erörterung des vom Übernehmer ausgeübten Rücktrittsrechts aufgestellten Grundsätze analog Geltung haben. Die Kündigung beeinflußt also ein sogenanntes „Recht des rechtlichen Könnens", wie der Rücktritt und die Anfechtung nicht nur die einzelne Forderung, sondern das ganze Rechtsverhältnis als solches, aus dem der Einzelanspruch erst hervorgegangen ist.

Wenn der Übernehmer sich nur auf eine bestimmte Schuld verpflichtet hat, wird man ihm daher das Recht, das betreffende Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit aufzulösen, nicht zugestehen können, es sei denn, daß er — wie oben dargelegt — mit Zustimmung des Gläubigers und Urschuldners in das Schuldverhältnis eintrete.

Diese Regel gilt uneingeschränkt für alle zweiseitigen Verträge, wo die Möglichkeit von Verpflichtungen bei beiden Teilen gegeben sein kann. Beim Pachtverhältnis

[11]) Oertmann (DJZ. 1913, S. 404) glaubt in diesem Falle das Vorhandensein eines besonderen accessorischen Vertrages annehmen zu müssen.

z. B. die Pachtzinsforderung beim Verpächter und die Forderung, die sich auf das mitgepachtete Inventar bezieht (§ 590 BGB.) beim Pächter.

Eine Ausnahme müssen wir aber für die streng einseitigen Verträge feststellen, vor allem für das Darlehen. Beim Schuldner kann hier nur eine Verpflichtung entstehen: Das Darlehen nebst ausbedungenen Zinsen zurückzuerstatten. Indem der Übernehmer sich hierauf mitverpflichtet, ist er — wir können annehmen unter stillschweigendem Einverständnis von Gläubiger und Urschuldner — zugleich in das Schuldverhältnis eingetreten. Ein selbständiges Kündigungsrecht steht ihm daher zu. Reichel (S. 435) begründet das gleiche Ergebnis folgendermaßen: Es erscheint nicht angängig, den zurückzahlungsfähigen und willigen Mitübernehmer in alle Ewigkeit hinaus weiter Zinsen zahlen zu lassen, bloß um deswillen, weil es dem Urschuldner nicht behagt, seinerseits das Kreditverhältnis zu lösen.

E. Erlaß und Konfusion.[12])

Aus § 767 BGB.: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend" folgt, daß, wenn der Gläubiger diese Schuld durch Erlaß einseitig aufhebt, auch der Bürge seiner Verpflichtung ledig wird.

Greifen wir für die Wirkung eines Erlasses, wenn kumulative Schuldübernahme vorliegt, auf die Regelung der Gesamtschuldverhältnisse im BGB. zurück, so wird für uns dadurch nicht allzuviel gewonnen sein. § 423 schreibt vor: Daß ein zwischen dem Gläubiger und dem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß auch für die übrigen Schuldner wirkt, „wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen".

Es bleibt nach dieser Vorschrift kaum anderes übrig, als auf die besonderen Verhältnisse beim konkreten Fall

[12]) Cf. Reichel, S. 500 ff.

zu verweisen. Immerhin dürfte sich für die kumulative Schuldübernahme folgendes präsumieren lassen: Durch Interzessionsakt ist die zweite Schuld aus der ersten hervorgegangen. Stehen beide auch rechtlich dann völlig gleichwertig nebeneinander, so wird doch die verkehrsübliche Auffassung die sein, daß mit der Urschuld auch die Übernehmerschuld erlassen sei: Gegenteiliges müßte ausdrücklich vereinbart werden. Umgekehrt, wird die Übernehmerschuld erlassen, dann müßte der Zugleicherlaß der Hauptschuld besonders hervorgehoben werden. — Indessen dies bleibt eine Annahme, die leider auf konkrete Beispiele nicht gestützt werden kann.

Bei der Darstellung des Erlasses behandelt Reichel noch die Frage, „ob der Mitübernehmer frei wird, wenn der Gläubiger nach der Mitübernahme Sicherungsrechte gegen den Urschuldner aufgibt, aus denen der Mitübernehmer im Regreßfalle sich hätte befriedigen können". Ein Divergens der Wirkung bei kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft läßt sich auch hier feststellen. Nach § 776 BGB. wird der Bürge frei, soweit der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht usw. aufgibt, aus denen evtl. er sich hätte befriedigen können. Aus der Selbständigkeit des einzelnen Schuldverhältnisses bei der kumulativen Schuldübernahme leuchtet ein, daß der Übernehmer nicht frei wird, insoweit der Gläubiger ein für die Schuld des Urschuldners bestelltes Pfandrecht u.s.f. aufgibt.

Vereinigen sich Forderung und Schuld, Gläubiger und Schuldner in einer Person (Konfusion),[13]) so erlischt die Forderung und damit die Bürgschaft.

Für den Fall des Zusammentreffens von Bürgen und Gläubiger in einer Person, wollte Entwurf I, § 678 die Bürgschaft insofern fortbestehen lassen, als ihr Fortbestehen für den Gläubiger ein Interesse haben würde. Dies wird nur insofern der Fall sein, als die Bürgschaft ihrerseits durch Pfandbestellung oder Nachbürgen resp. Rückbürgen gesichert war. Hieraus kann sich der Gläubiger

[13]) Schuldmitübernahme, S. 503.

nach wie vor befriedigen, da Pfänder, Nachbürgschaft usw. in diesem Falle letzten Endes für die Hauptschuld gegeben sind und mit ihr erst hinfällig sein würden.

Die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person wirkt nach § 425 BGB. nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt. Dies gilt auch für die kumulative Schuldübernahme. Die Rechtslage ist alsdann die gleiche, als ob der Gläubiger nur einem Schuldner die Schuld ausdrücklich erlassen hätte; dieser wird frei; die übrigen Schuldner bleiben dem Gläubiger (Schuldner) weiter verhaftet. Man kann aber auch, wie Reichel dies tut,[14]) vom entgegengesetzten Standpunkt aus entscheiden und in der Konfusion eine Befriedigung des Gläubigers durch einen Schuldner erblicken. Alsdann käme § 426 BGB. in Anwendung, wonach die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner auf den zahlenden übergehen, soweit er den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Gesamtschuldnern verlangen kann. Der Schuldner (Gläubiger) könnte Regreß nehmen gegen seine bisherigen Mitschuldner, doch hängt dies ganz von dem zwischen den früheren Gesamtschuldnern bestehenden Innenverhältnis ab.

F. Anfechtung.[15])

Nach BGB. §§ 122—123 kann eine Willenserklärung wegen mangelnder Ernstlichkeit, wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung angefochten werden. Durch die Anfechtung wird das betreffende Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig. (§ 142 BGB.)

Der Bürge ist der Hauptschuld gegenüber Fremdschuldner; er kann sie also nicht anfechten. Ebensowenig steht dieses Recht dem Übernehmer zu, so lange er — wie schon mehrfach dargelegt — lediglich die Schuld des Urschuldners übernimmt, ohne in das Rechtsverhältnis als solches einzutreten.

[14]) Reichel, S. 510 ff.; Westerkamp, S. 118 ff.
[15]) Cf. Westerkamp, S. 428 ff.; Reichel, S. 348 ff.

Der Bürge kann aber die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (d. h. er hat eine Einrede in diesem Sinne: § 770, Abs. 1, BGB.). Dem kumulativen Übernehmer als Gesamtschuldner darf diese Einrede nicht zugebilligt werden. Urschuldner und Übernehmer stehen auf eigenen Füßen. Ein Anfechtungsgrund, der in der Person des Ersteren vorhanden ist, braucht in der des Letzteren nicht gegeben zu sein. Es frägt sich jedoch, ob der Übernehmer, der zugleich Interzedent in einem schon bestehenden Schuldverhältnis ist, als solcher eine Einrede, wie sie der Bürge aus § 770 hat, geltend machen könnte. Reichel bejaht dies, weil er diese Einrede als einen Ausfluß der bloßen Abhängigkeit, nicht des accessorischen Verhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner betrachtet. Abhängig, d. h. bei Entstehung auf eine bereits existierende Hauptschuld angewiesen, ist auch natürlich der kumulative Übernehmer. Völlig anzuerkennen ist Reichels Ansicht nur für den Fall, daß der Übernehmer den Vertrag abschließt zu einer Zeit, zu der die Anfechtungsmöglichkeit schon bestand und dem Schuldner bekannt war. Im Augenblicke der Begründung, wo die Übernahmeschuld von der Urschuld abhängig ist, hätte der Urschuldner bereits durch entsprechende Erklärungen seine Verbindlichkeit und damit die des Übernehmers zunichte machen können. Es entspricht durchaus der Billigkeit, wenn der Übernehmer durch Einrede auf die Anfechtungsmöglichkeit des Urschuldners sich berufen kann; anders, wenn der Urschuldner erst nach abgeschlossener kumulativer Schuldübernahme von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhält. Hier ist es wohl mit der Stellung eines kumulativen Übernehmers schwerlich vereinbar, ihm eine Wohltat zuzugestehen, deren der Urschuldner sich bisher genau so unbewußt war, wie der Übernehmer selber. Ausgenommen sind hier wieder die Fälle, in denen nach § 853 BGB. der Übernehmer dem klagenden Gläubiger die Zah-

lung verweigern könnte.[17]) Handelt es sich um die selbständige Anfechtung der Bürgen- bzw. Übernehmerschuld, so ist die Anfechtbarkeit der letzteren beschränkt auf Gründe, die sich aus dem Schuldverhältnis allein ergeben, während der Bürge auch aus Gründen, die in der Person des Hauptschuldners liegen, anfechten kann.

G. Aufrechnung.[18])

Mit einer Forderung gegen eine andere, die ihr gegenseitig, gleichartig und fällig ist, kann unstreitig der kumulative Übernehmer die Aufrechnung erklären. Daß es mit einer ihm zustehenden Forderung der Bürge gleichfalls kann, wird von der herrschenden Meinung bejaht. Unseres Erachtens trifft jedoch Westerkamp[19]) das Richtige, wenn er erklärt: „Daß der Bürge gegen den Willen des Gläubigers nicht zur Aufrechnung berechtigt ist, so lange nicht mit oder gegen den Willen des Gläubigers die Leistungsverpflichtung des Bürgen zur Entstehung gekommen ist.“ Die Bürgenschuld ist eine durchaus anders geartete als die Hauptschuld. Der Bürge schuldet ein Einstehen für eine Person; der Urschuldner eben seine konkrete Verpflichtung. Für eine Aufrechnung gegen diese Forderung des Gläubigers mit einer dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehenden Forderung fehlt es an Gleichartigkeit und vor allem an Gegenseitigkeit, da zunächst der Anspruch des Gläubigers auf Leistung der Urschuld nur gegen den Hauptschuldner geht. Erst wenn der Gläubiger den Bürgen in Anspruch genommen hat und dessen Einstehenmüssen für die Urschuld ein Zahlenmüssen geworden ist, wird die Grundlage für eine Aufrechnungsmöglichkeit gegeben sein. Die von dem kumulativen Übernehmer erklärte Aufrechnung wirkt für den Urschulner als Gesamtschuldner (cf. § 422 I, BGB.).

Dagegen kann der Urschuldner in keinem Falle für

[17]) Westerkamp (S. 429) und Salinger (Kohler, Bd. 28, S. 86) vertreten ausschließlich diese letztere Ansicht.

[18]) Cf. Reichel, S. 490 ff.; Westerkamp, S. 402 ff.

[19]) Westerkamp, S. 414.

den kumulativen Übernehmer die Aufrechnung erklären, weil Gegenseitigkeit nicht vorliegt, ebensowenig wie der Bürge für den Hauptschuldner,[20]) der Bürge hat aber sicher die Einrede aus § 770, Abs. 2, BGB., während sie dem Übernehmer oder Urschuldner versagt ist. Ein Umstand, der zweifellos geeignet ist, zu Unbilligkeiten zu führen, wenn der Gläubiger, statt gegen den Urschuldner aufzurechnen, z. B. den Übernehmer in Anspruch nehmen sollte.

H. Hinterlegung.[21])

Wenn die Hinterlegung mit Rücknahmeverzicht erfolgt ist — gleichgültig ob durch den Urschuldner oder den Übernehmer —, dann gilt die Schuld allseitig als getilgt. (Dies folgt aus § 422 I BGB.)

Ebenso verhält es sich, wenn der Hauptschuldner in der geschilderten Weise hinterlegt, für den Bürgen. Dagegen kann der Bürge, bevor er nicht vom Gläubiger in Anspruch genommen worden ist, nicht gültig hinterlegen, weder für sich noch für den Hauptschuldner.

I. Prozeß.[22])

Der Gläubiger kann nach seinem Gutdünken den Übernehmer und den Urschuldner in Anspruch nehmen. Er kann sie in beliebiger Reihenfolge verklagen: Alle zusammen — in welchem Falle sie als einfache Streitgenossen nach § 59 ZPO. zu gelten hätten —, er kann aber auch jeden einzelnen gerichtlich belangen, ohne fürchten zu müssen, deshalb seine Rechte gegen den andern zu verlieren.

Auch Bürge und Hauptschuldner können beliebig einzeln verklagt werden; allerdings hat der nicht selbstschuldnerische Bürge, wenn er zuerst belangt werden sollte, die Einrede der Vorausklage, § 771 BGB.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, inwieweit ein gegen den Hauptschuldner ergangenes rechtskräftiges

[20]) Cf. Oertmann, Komm., Bd. II, S. 844, Nr. 4, a. A.; Reichel, S. 496 und Westerkamp, S. 421.

[21]) Cf. Reichel, S. 497.

[22]) Cf. Westerkamp, S. 455 ff.; Reichel, S. 515 ff.

Urteil auf den Bürgen sich erstreckt, und umgekehrt. Ebenso ist zu untersuchen, wie in der gleichen Lage Urschuldner und kumulativer Übernehmer zu behandeln sind. Wenden wir uns zunächst dem letzteren Falle zu:

Ein rechtskräftiges Urteil wirkt nach § 425, 2, BGB. nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person es eintritt. Dieser Satz wird für die kumulative Schuldübernahme volle Geltung haben, wenn der Beitritt erfolgt, bevor überhaupt geklagt worden ist; wie aber, wenn die Schuld übernommen wird, nachdem der Anspruch bereits rechtshängig geworden ist?

Vielleicht sind hier vor allem Interzessionsgrundsätze anzuwenden, insofern als der Übernehmer durch seinen Beitritt Rechtsnachfolger der Partei geworden wäre. Ein rechtskräftiges Urteil wirkt aber nach § 325 ZPO. für und gegen diejenigen Personen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Diesen Satz für die kumulative Schuldübernahme gelten zu lassen, liegt kein triftiger Grund vor. Durch seinen Beitritt begründet der Übernehmer eine durchaus eigene Verbindlichkeit, ohne irgendwie den Bestand der alten Schuld anzugreifen. Hätte die Urschuld die Übernahmeschuld allein überzeugt, dann müßte irgend eine materielle Veränderung mit ersterer vorgegangen sein. Dies entspricht aber nicht den Tatsachen. Die Übernahmeschuld hat ihren Ursprung allein in dem Willen des kumulativen Interzedenten; nur aus bestimmten Zwecken entlehnt sie Grund, Höhe und Ziel von einer bereits bestehenden Verbindlichkeit. Die Anwendung des § 325 ZPO. erscheint also ausgeschlossen.[23])

Die Einrede der Rechtshängigkeit würde dem Übernehmer nur zur Seite stehen, wenn die kumulative Übernahme erfolgt wäre, nachdem der Urschuldner ein rechtskräftiges abweisendes Urteil gegen den Gläubiger erwirkt hätte. Aber könnte man von Übernahme einer Schuld

[23]) vgl. A. Hellwig, Verträge, S. 176 ff.

überhaupt reden, wenn der aus ihr resultierende Anspruch durch rechtskräftiges Urteil als nicht durchführbar anerkannt wäre?

Die Bürgenschuld ist nicht nur eine eigene, sie ist auch von Anfang an eine von der Hauptschuld durchaus verschiedene. Das Urteil gegen den Hauptschuldner hat daher zunächst keinerlei Rechtskraft gegen den Bürgen. In einem neuen Prozesse, den der Gläubiger gegen ihn anstrengt, kann der Bürge — vorausgesetzt, daß er vor Rechtskraft des ersten Urteils sich überhaupt verpflichtet hat — unbeschränkt neue Einreden, Beweismittel vorbringen, auch früher vergeblich gebrauchte in einem andern Sinne anwenden.

Um die Richtigkeit dieser Behauptung zu begründen, beruft sich Westerkamp[24]) mit vollem Rechte auf den § 767 III, wonach durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird.

Als solche schulderweiternde und -verringernde Geschäfte sind aber Verzichte, Anerkenntnisse, Einreden usw., soweit unmittelbar der Anspruch von ihnen getroffen wird, durchaus anzusehen. Wie jede sonstige rechtsgeschäftliche Minderung des Anspruchs, kommt es natürlich dem Bürgen ev. zugute, wenn die Schuld durch das Urteil als geringer wie anfangs festgestellt worden ist. Wird nur gegen den Bürgen allein geklagt, so kann der Anspruch nur dahin gehen, daß die Bürgenverpflichtung besteht. Mit welchem Inhalt, das hängt zunächst von dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ab, da die Bürgenschuld der Hauptschuld accessorisch ist. Immerhin ist, wie gesehen, der Bürge an eine etwaige Feststellung bezüglich der Hauptschuld nicht gebunden, sondern kann selbständig dahin wirken, daß seine Leistung entsprechend modifiziert werde.

Also: Ein zwischen Gläubiger und Hauptschuldner er-

[24]) Cf. Schuldbeitritt, S. 460.

gangenes rechtskräftiges Urteil bindet den Gläubiger, nicht den Bürgen. Klagt weiterhin der Gläubiger gegen den Bürgen, dann steht es diesem frei: Entweder auf das frühere Urteil (wenn es für ihn günstig ist) sich zu berufen — dann muß der Gläubiger dies gegen sich gelten lassen, oder selbständig zu bestreiten; auch dies kann der Gläubiger nicht hindern.

K. Einreden.[25])

Durch Einreden von seiten des Schuldners wird zwar nicht das Bestehen der Schuld an sich, wohl aber ihre augenblickliche Fälligkeit usw. bestritten.

Wenn wir die Einreden, welche den Bürgen bzw. den kumulativen Übernehmern zustehen, näher untersuchen wollen, so können natürlich nur in Betracht kommen: Entweder Einreden, die beide Interzedenten haben, weil sie sich vom Haupt- bzw. Urschuldner auf sie erstrecken; oder Einreden, die aus dem Verhältnis zwischen Schuldner und Interzedenten dem Gläubiger entgegen gehalten werden können.

Vermöge des § 768 BGB. kann der Bürge alle Einreden, die dem Hauptschuldner zustehen, gleichfalls geltend machen. Er verliert sie auch nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet (§ 768, II, BGB.). Dies erfolgt aus der accessorischen Natur der Bürgschaft. Es frägt sich aber, ob dieser Vorschrift keine Schranken gesetzt werden können.

Gewisse Einreden verdanken ihren Ursprung einem ganz besonderen Umstande, der nur in der Person des Hauptschuldners vorliegen konnte. Man bezeichnet sie als „höchst persönliche" Einreden. Sie dürften dem Bürgen nur zugesprochen werden, solange hierdurch der Sicherungszweck dieses Vertrages nicht wesentlich beeinträchtigt wird (cf. § 768, I, 2, BGB.).[26]) Daher will Reichel

[25]) Cf. Reichel, S. 387 ff.; Westerkamp, S. 432 ff. u. S. 475 ff.
[26]) Cf. Reichel, S. 392.

die Einrede aus § 519 BGB., das sogenannte Beneficium competentiae, dem Bürgen nicht zukommen lassen — auch wenn er selbst bedürftig ist.

Was die kumulative Schuldübernahme betrifft, so ist, wenn wir sie zunächst als Gesamtschuldverhältnis betrachten, zu entscheiden: Die Einreden, welche in der Person des einen Gesamtschuldners besonders erwachsen oder erwachsen sind, gehen den andern nichts an. Von einer Erstreckung höchst persönlicher Einreden kann daher niemals die Rede sein.

In bezug auf die übrigen Einreden wird aber durch den Interzessionsakt, der bei Begründung der kumulativen Schuldübernahme unzweifelhaft stattfindet, eine einschneidende Trennung vollzogen. Der Übernehmer will die Schuld als eigene, aber mit allen Schwächen und Stärken, die ihr bisher anhafteten, schulden. Zu den letzteren gehören aber auch die gewöhnlichen Einreden, die dem Gläubiger gegenüber zustehen.

Die müssen dem Unternehmer gleichfalls zugebilligt werden, soweit sie vor dem Zeitpunkt der Übernahme entstanden sind. Insofern kommt die Interzessionsnatur der kumulativen Schuldübernahme zu ihrem Rechte. Weiterhin gehen selbstverständlich die Urschuld und die Übernehmerverpflichtung ihren eigenen Weg; und etwaige fernere Einreden haben nur für den Schuldner Bedeutung, in dessen Person sie gültig entstanden sind.

Ist die Schuld, für die gebürgt bzw. die kumulativ übernommen wird, im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages kontrahiert, so wird der Bürge ebenfalls unbeschränkt hieraus alle Einreden geltend machen können, der Übernehmer aber nur soweit, als sie dem Urschuldner in seiner Eigenschaft als Schuldner der eben übernommenen Verpflichtung zustehen.[27]) — Er müßte denn mit Zustimmung des Gläubigers und Urschuldners in das gesamte Vertragsverhältnis eingetreten sein.

---

[27]) Cf. Reichel, S. 400—405.

Einreden, die der Bürge aus einem mit dem Hauptschuldner vorher geschlossenen Vertrage hat, durch den er sich zur Eingehung der Bürgschaft verpflichtete: Bürgschaftsvorvertrag, kann er dem Gläubiger gegenüber nicht geltend machen, ebensowenig kann beim kumulativen Schuldübernahmevertrage, den der Übernehmer mit dem Gläubiger schließt, ersterer Einreden aus einem früher mit dem Urschuldner geschlossenen Vertrage erheben: Er ist wie der Bürgschaftsvorvertrag eine „Res inter alios acta".

Hingegen hat der kumulative Schuldübernahmevertrag zwischen Übernehmer und Urschuldner den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter (s. oben § 11). Auf ihn ist also § 334 BGB. anwendbar, wonach Einwendungen aus dem Vertrage dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zustehen.[28])

L. Verjährung.[29])

Der Bürge kann geltend machen, daß seine eigene Verpflichtung, ev. daß die Hauptschuld verjährt sei (folgt aus § 768, I, BGB.).

Wird eine verjährte Schuld übernommen, so ist dieser Vertrag zwar nicht ungültig; die Verpflichtung besteht ja! Aber auch hier hat der Übernehmer jederzeit die Verjährungseinrede. Bei noch nicht verjährter Schuld beginnt für den Übernehmer die Verjährung seiner Schuld zu laufen mit dem Augenblicke ihrer Begründung: Dem Abschlusse des kumulativen Übernahmevertrages. Daher wird meist die Urschuld früher verjährt sein, als die Übernahmeschuld, insofern eine wesentlich andere Lage als beim Bürgen.

M. Unmöglichkeit.

Die Haftung des Bürgen für Unmöglichkeit des Hauptschuldners fällt unter seine allgemeine Haftung für Ver-

[28]) Cf. Reichel, S. 387—390.

[29]) Cf. Salinger-Kohlers Archiv, Bd. 28, S. 84 und Reichel, S. 395 ff.

schulden desselben (§ 767, I, 2 BGB.). Damit ist ausgesprochen, daß es sich hier nur um eine Unmöglichkeit handeln kann, die durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand hervorgerufen wird (§ 280 BGB.).

Ist die Hauptschuld auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet, so ist sie nichtig; eine Bürgschaft kann also für sie nicht bestellt werden. Das gleiche gilt für den kumulativen Übernehmer einer Schuld.

Unzweifelhaft ist aber eine Verbürgung denkbar für eine unmögliche Leistung, falls die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird (cf. §§ 306 u. 308 BGB.). Derselbe Gesichtspunkt kommt für die kumulative Schuldübernahme in Betracht, da es sich hier ausschließlich um allgemeine Interzessionsprinzipien handelt. Dagegen hat nach § 425 BGB. nur der Gesamtschuldner die Unmöglichkeit einer Leistung zu vertreten, in dessen Person sie eintritt. Unmöglichkeit kann hier nur in dem subjektiven Sinn eines Unvermögens des Schuldners zur Leistung gebraucht sein (cf. § 279 BGB.). Dann wird der Gesamtschuldner frei, wenn er den Umstand, der die Unmöglichkeit verursacht, nicht zu vertreten hat (cf. § 275, aber daneben § 279 BGB.). Im anderen Falle tritt Schadensersatzverpflichtung nach §§ 280, 281 BGB. ein. Die anderen Gesamtschuldner bleiben nach wie vor zur Leistung verpflichtet.

Diese Regeln sind unseres Erachtens uneingeschränkt auf die gleichen Verhältnisse bei der kumulativen Schuldübernahme anzuwenden. Bei einer nach Abschluß des kumulativen Schuldübernahmevertrages eintretenden subjektiven Unmöglichkeit haftet Urschuldner oder Übernehmer, jeder allein, soweit ihn ein Verschulden trifft.

N. Regreß.[30])

Ist der Bürgschaftsvertrag zwischen Bürgen und Gläubiger gültig geschlossen worden, dann treten für das

[30]) Cf. Reichel, S. 550 ff.

Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner die folgenden gesetzlichen Bestimmungen ein:

1. Hat sich der Bürge im Autrag des Hauptschuldners verbürgt, oder hat er nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner, so kann er von diesem Befreiung verlangen unter gewissen im Gesetz genau fixierten Bedingungen (cf. § 775 BGB.).

2. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über... Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis bleiben unberührt (cf. § 774 BGB.).

Nur der zuletzt zitierte § 774 enthält das, was in engerem Sinne als Regreß bezeichnet werden muß. Befriedigt der Bürge den Gläubiger, so tritt ex lege ein Forderungsübergang von dem Gläubiger auf ihn ein. Das Gesetz glaubt den Bürgen besonders dadurch begünstigen zu müssen, darum geht die Forderungsübertragung vor sich, auch wenn gar nicht etwas anderes, oder gar Gegenteiliges zwischen den Parteien ausgemacht worden wäre.

Hiermit ist aber die gesetzliche Begünstigung des Bürgen noch nicht erschöpft. Hat der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners sich nur entsprechend dem § 775 BGB. verbindlich gemacht, so kann er unter gewissen Umständen noch Befreiung von dieser Verpflichtung durch Befriedigung des Gläubigers oder Sicherheitsleistung von seiten des Hauptschuldners verlangen.[31])

Die ratio legis liegt in beiden Fällen auf der Hand: Da der Bürge bloß sichern soll, müssen ihm — natürlich ohne die Gläubigerinteressen zu benachteiligen — möglichst umfassende Garantien gegeben werden gegen eine Schädigung durch eine ihm als solche fremd gebliebene Schuld.

Das Innenverhältnis zwischen Urschuldner und Über-

[31]) Westerkamp, Schuldbeitritt, S. 501.

nehmer muß im allgemeinen sich nach den Regeln, die § 426 BGB. für das Verhältnis unter den Gesamtschuldnern aufgestellt hat, bestimmen lassen.

Es heißt zunächst: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ Dieser letzte Zusatz gibt für ein konkretes Schuldverhältnis den weitesten Spielraum. Es frägt sich nun, wie weit durch besondere Umstände bei der kumulativen Schuldübernahme „ein anderes bestimmt wird“.

Wird die kumulative Schuldübernahme geschlossen durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger, dann kann im Innenverhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer vorliegen ein Auftrag. Dieser sei, so meint Westerkamp,[32]) ausgeführt, wenn der Übernehmer mit dem Gläubiger den Schuldübernahmevertrag geschlossen habe. In diesem Augenblicke seien die Voraussetzungen des § 670 BGB. gegeben.

Demgemäß sei der Übernehmer berechtigt, vom Auftraggeber Ersatz für die Auslagen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, zu verlangen, mit anderen Worten, er hat bereits einen Anspruch gegen den Urschuldner auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit gemäß § 257 BGB.

Reichel[33]) leugnet, „daß mit erfolgtem Schuldbeitritt der Auftrag erledigt sei“, vielmehr müsse der Beitretende dem Urschuldner wenigstens seinen Kredit, wo nicht seine Geldmittel zur Verfügung gestellt haben, bevor man den Auftrag als vollendet ansehen könne. Diese Ansicht dürfte im Prinzip das Richtige treffen. Der Übernehmer verpflichtet sich ja, die fremde Schuld als eigene fortan zu tragen. Darin liegt mit einbegriffen, daß er vor allem sich in Anspruch nehmen lassen will. Also hat der Bürge nach § 775 BGB. einen beschränkten Befreiungsanspruch gegen-

---

[32]) Cf. Schuldmitübernahme, S. 553.

[33]) Eod., S. 554/55.

über dem Hauptschuldner, jedoch nie der kumulative Übernehmer, ihm bleibt höchstens nach ausgeführtem Auftrage ein einfacher Ersatzanspruch.

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) liegt bei der kumulativen Übernahme einer Schuld nicht vor.[34]) Denn das Eingehen einer Verbindlichkeit als einer eigenen stellt eine Besorgung fremder Geschäfte nicht dar. Die neue Schuld affiziert außerdem die alte in keiner Weise, sondern tritt einfach als Gesamtschuld neben sie.

Liegt zwischen Urschuldner und Übernehmer ein Gesellschaftsvertrag vor,[35]) so kann jeder von ihnen nach § 733 BGB. verlangen, daß die gemeinschaftlichen Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen zunächst berichtigt werden. Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, dann legt § 735 BGB. den übrigen die Pflicht auf, den Ausfall nach dem gleichen Verhältnis zu tragen.

Vor oder nach Begründung der kumulativen Schuldübernahme[36]) kann immer der Übernehmer dem Urschuldner sich besonders verpflichten, den Gläubiger zu befriedigen. Es liegt dann vor Erfüllungsübernahme (cf. § 329 BGB.). Dem Urschuldner gegenüber ist alsdann der Übernehmer zur ausschließlichen Befriedigung des Gläubigers verbunden.

Wir sehen, daß die Beschränkung, welche dem § 426, I, 1 durch die Klausel „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" auferlegt wurde, bei der kumulativen Schuldübernahme unter Umständen eine sehr weitgehende sein kann. Meist wird im Innenverhältnis der Übernehmer allein zu zahlen verpflichtet sein, so daß nur selten § 426, I 1, BGB. zur strikten Durchführung kommt.

Satz 2 des § 426 I bestimmt, für einen nach Befriedigung des Gläubigers stattfindenden Regreß: „Kann von

[34]) Eod., S. 555.

[35]) Gleichgültig ob der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer oder zwischen Urschuldner und Übernehmer geschlossen wird. Anders anscheinend Reichel I, S. 551.

einem Gesamtschuldner, der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.“ Aber auch hier werden für den Fall einer kumulativen Schuldübernahme zahlreiche Ausnahmen die gesetzliche Regel durchbrechen. Dies läßt sich aus den Darlegungen des vorigen Abschnittes vermuten.

Hat z. B. der Übernehmer in Ausführung eines vom Urschuldner erteilten Auftrages die Schuld auf sich genommen und den Gläubiger tatsächlich befriedigt, so kann er vom Urschuldner vollen Ersatz dieser seiner Aufwendungen verlangen (§ 670 BGB.). (Das gleiche gilt gemäß § 683 BGB. für den Geschäftsführer ohne Auftrag, der im Interesse des Beauftragten eine Schuld kumulativ übernommen und den Gläubiger befriedigt hat.)

Im Gesellschaftsverhältnis sind allerdings die übrigen Gesellschafter einem zahlenden Mitgliede zu gleichen Teilen erstattungspflichtig.

Liegt zwischen Übernehmer und Schuldner eine Erfüllungsübernahme vor, so hat der zahlende Übernehmer überhaupt keinen Anspruch gegen den Urschuldner, jedoch kann der Urschuldner, der etwa den Gläubiger befriedigt, sich gemäß dem Erfüllungsübernahmevertrag deswegen an den Übernehmer halten.

Aus den besonderen Beziehungen zwischen Urschuldner und Übernehmer ergibt sich bei der kumulativen Schuldübernahme fast immer ein selbständiger Erstattungsanspruch für den zahlenden Teil. Als Gesamtschuldner kommt ihnen weiter der Absatz 2 des § 426 BGB. zugute: „So weit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers auf ihn über.“

Wie beim Bürgen, so sichert auch hier das Gesetz den Regreß des zahlenden Gesamtschuldners durch Anordnung eines ipso jure eintretenden Forderungsüberganges. Jedoch mit Einschränkung! Zunächst muß ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch unter allen Umständen gegeben sein.

Von der Person des Regreßnehmers gehen gegen die übrigen Gesamtschuldner zwei parallele Forderungsrechte aus. Ob diese alternativ geltend gemacht werden können, oder ob der gesetzliche Anspruch nur accessorisch dem vertraglichen gegeben ist, ist aus dem Wortlaute des § 426, II, BGB. mit Sicherheit nicht zu erkennen.[37] u. [38] Meist wird sich der Regreßnehmer auf seinen Vertragsanspruch zuerst stützen, dieser muß unbestritten feststehen. Dringt er aber mit ihm aus irgend einem sonstigen Grunde nicht durch, so sollte unseres Erachtens ihm die Berufung auf die gesetzliche Bestimmung unbenommen bleiben.

Nicht streng accessorisch, sondern subsidiär wäre die gesetzliche Forderung aus § 426, II, der vertraglichen. Die Regreßnahme des Bürgen ist dawegen unabhängig von einem Anspruch, der ihm aus einem zwischen ihm und dem Hauptschuldner etwa bestehenden Verhältnisse zustehen sollte. Nur „Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt" (§ 774, II, BGB.). Mit ihrer Hilfe wäre es möglich, die Regreßnahme des Bürgen unter Umständen wirkungslos abprallen zu lassen. — Für die Mitbürgen bestimmt § 774, III, BGB., daß sie einander nach § 426 BGB. haften.

O. Zusammenfassung.

Eine Gegenüberstellung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme hat im einzelnen ergeben, daß beide Rechtsgeschäfte in ihren Wirkungen übereinstimmten, wenn Interzessionsgrundsätze gleichmäßig zur Anwendung kommen mußten. Die Gegensätze entwickeln sich aber, sobald die kumulative Schuldübernahme den Regeln über Gesamtschuldverhältnisse, die Bürgschaft weiterhin ihren in den §§ 765—778 BGB. gegebenen Vorschriften strikt zu folgen hatten. Dabei konnte die kumulative Schuldüber-

[37]) Cf. Kremer, Mitbürgschaft, Straßburg 02,; Diss., S. 188.
[38]) Reichel, S. 571.

nahme immer ihre Selbständigkeit wahren, ohne hierin durch die Bürgschaft bedrängt oder auch nur beschränkt zu werden. Dies wird denn auch, soweit die kumulative Schuldübernahme anerkannt ist, wenigstens für die Theorie zugegeben. Allein es wäre verfehlt, ohne weitere Prüfung hieraus Konsequenzen für die praktische Bedeutung dieses Rechtsgeschäfts zu ziehen.

II. Die Bedeutung der kumulativen Schuldübernahme für die Praxis.

§ 23. Anerkennung von seiten der Schriftsteller.

Unsere ganze bisherige Darstellung der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft war eine theoretische Untersuchung über diese Rechtsgeschäfte, nichts weiter. Das Leben, die Praxis kümmern sich aber wenig darum, ob es möglich ist, nach allen Regeln der Logik einen Vertrag zu konstruieren. Wenn ein Rechtsgeschäft ihren Anforderungen standhalten soll, dann muß es ganz andere Kräfte besitzen, die ein rein theoretischer Bau ihm niemals verleihen kann. Immerhin hat die kumulative Schuldübernahme, wenn man sie, wie wir dies zu tun versuchten, bis ins Einzelne theoretisch konstruieren kann, Anspruch auf eine nachdrückliche Beachtung für die Praxis. Diese ist ihr denn in vollem Maße zuteil geworden.

Gegenwärtig dürfte sich wohl kaum noch ein Schriftstellen finden, der, wie v. Blume [1]) seinerzeit dies getan hat, kumulative Schuldübernahme ohne weiteres mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft identifizieren würde, weil „Verbürgung ihr praktischer Zweck sei". Eine Möglichkeit, die kumulative Schuldübernahme theoretisch unanfechtbar zu konstruieren, gibt man beinahe zu. Aber man glaubt nicht, daß im täglichen Leben von den meist rechtsunkundigen Parteien so feine Nüancen, wie sie „theoretisch zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme bestehen",

[1]) Cf. Iherings Jahrb., Bd. 39, S. 426.

unterschieden werden könnten. „Die Parteien bedienen sich unbestimmter Ausdrücke, aus denen nicht zu erkennen sei, ob der Interzedent selbständig oder accessorisch neben den Urschuldner treten soll.“[2])

Allein auf bestimmte Worte wird im heutigen Rechtsverkehr nur in ganz besonderen Fällen noch Gewicht gelegt. Nicht auf die Worte, sondern auf den bestimmten wirtschaftlichen Zweck, den die Parteien beim Abschluß eines Vertrages erreichen wollen, kommt es an. Gelingt es nun, überzeugend darzutun, daß dieser Zweck ein verschiedener sein muß, wenn der Beitretende als Bürge und wenn er kumulativ als Gesamtschuldner sich verpflichtet, dann ist es Sache des Richters, durch geeignete Fragestellung, wenn nötig durch eine Beweiserhebung klarzustellen, nach welcher der beiden bestimmten Richtungen hin die Parteien durch ihre unbestimmten Worte sich verpflichten wollten. Der Schwierigkeiten, die sich der Lösung der Aufgabe allerdings entgegenstellen, suchen manche Autoren Herr zu werden, indem sie einfach auf den praktischen Einzelfall verweisen, wenn man entscheiden will, ob kumulative Schuldübernahme, ob Bürgschaft bei einem Vertrage vorliegt. So meint Salinger,[3]) es wird in jedem Einzelfalle darauf ankommen, die causa der Schuldübernahme zu erforschen. Und er fügt hinzu: „Dies wird in den meisten Fällen nicht schwer sein.“ Nach Planck [4]) ist es im Einzelfall Auslegungsfrage, ob „Bürgschaft mit oder ohne Verzicht auf die Einrede der Vorausklage oder einfacher Eintritt als Gesamtschuldner beabsichtigt gewesen sei“. Endemann [5]) will auf Grund des Vertrages, durch den ein neuer Schuldner neben den bisherigen tritt, entscheiden, wann dieser als Bürge und wann als Gesamtschuldner zu betrachten sei. Ebenso Enneccerus-Kipp.[6]) Ob im einzelnen Falle Bürg-

[2]) Cf. v. Tuhr, DJZ. 08, S. 1177.

[3]) Cf. Kohlers Archiv, Bd. 28, S. 88.

[4]) Kom. 07, Bd. II, S. 293, Anm. 2 a.

[5]) Cf. Lehrbuch, 8. Aufl. 03, S. 884, Anm. 3.

[6]) Ennecerus-Kipp-Wolff Lehrbuch 1910, S. 225/26. Cf. Goldmann-Lilienthal, 2. Aufl. 01, Bd. 1, S. 450, Anm. 4.

schaft oder Schuldbeitritt vorliege, sei nicht nach den gebrauchten Worten allein, sondern nach den gesamten Umständen, zumal dem Zweck der Vereinbarung zu entscheiden.

Das Studium des Einzelfalles, mit einem Wort also der Praxis, scheint auch uns der einzig richtige Weg zu sein, um unserem Ziele näher zu kommen. Doch ist mit bloßem Hinweis natürlich nichts geholfen. Wenigstens müßten einige typische Fälle gegeben werden, aus denen sich dann wieder besondere Indizien ableiten lassen.

In dem Bestreben, gerade der Praxis ein sicheres Mittel an die Hand zu geben, daß in allen Zweifelfällen eine Entscheidung ermöglichen würde, die meist auch dem wahren Willen der Parteien gerecht würde, sind andere Autoren auf den Gedanken gekommen, Präsumptionen zugunsten des einen oder des anderen der beiden Rechtsgeschäfte aufzustellen. Sie gehen von der Annahme aus, daß wer in ein fremdes Schuldverhältnis irgendwie interzedieren wolle, dies fast immer derart tun werde, daß er aus seiner Interzessionsverpflichtung so gelinde als möglich dem Gläubiger verhaftet würde. Weil nun, wie Neuburger[7]) sagt, der Bürge Träger einer begrifflich subsidiären, der kumulative Übernehmer aber Träger einer begrifflich primären Verpflichtung ist, kommt man größtenteils zu dem Ergebnis, daß „im Zweifel zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme man für die erstere als die den Interzedenten weniger belastende Verpflichtung sich zu entscheiden habe".[8])

Zur weiteren Begründung hebt man bald das accessorische Moment mit hervor und läßt es ebenfalls zugunsten der Bürgschaft sprechen; denn es sei natürlich, daß eine Verpflichtung, die einer anderen wegen entstanden sei, eine möglichst enge Anlehnung an die schon bestehende Ver-

[7]) Jahrb. f. Württemb. Rechtspflege, Bd. 14, S. 328.

[8]) Cf. Goldmann-Lilienthal, S. 450, § 122, Anm. 4 Bd. 1, 2. Aufl.; Hasenbalg, Bürgschaft, S. 73.

bindlichkeit suche.[9]) Am häufigsten legt man, wie gesagt, auf die Subsidiarität und die aus ihr resultierende geringere Kraft das größere Gewicht.

Will man aber sich für Bürgschaft oder kulumative Schuldübernahme entscheiden, je nachdem die erstere oder die letztere dem Interzedenten eine günstigere Lage gewährt, so müßte man unseres Erachtens eher für kumulative Schuldübernahme als für Bürgschaft eine Präsumption aussprechen. Der gleichen Ansicht ist auch Westerkamp [10]): Die Einrede der Vorausklage und damit die bloß subsidiäre Haftung des Bürgen kommt oft in Wegfall [11]) und selbst, wenn der Bürge erst in Anspruch genommen wird, nachdem der Gläubiger vergebens versucht hat, vom Hauptschuldner Zahlung zu verlangen, ist der Inhalt der Bürgenverbindlichkeit erst recht — oft um ein vielfaches — gestiegen, da nach dem Gesetz der Bürge für Verschulden, Verzug und die Kosten einer evtl. Rechtsverfolgung des Hauptschuldners haftet (§ 767 BGB.). Ein kumulativer Übernehmer wird als Gesamtschuldner vom Eintritt dieser oder ähnlich wirkender Tatsachen in der Person des Hauptschuldners nicht berührt. Hieraus wird man mit Recht folgern können: Wer in eine fremde Verbindlichkeit interzediert, wird gut tun, von vornherein diese Schuld selbständig auf seine eigenen Schultern zu nehmen, anstatt sich auf fremde, oft genug schwache Kräfte zu verlassen. Wollte man aber mit der Präsumption: Im Zweifel ist kumulative Schuldübernahme als die geringere Beschwerung anzunehmen, Ernst machen, so würde das Ergebnis mit den tatsächlichen Verhältnissen im schärfsten Widerspruch stehen.

Eine andere Präsumption findet sich bei Staudinger (Komm., 4.—5. Aufl., Anm. zu § 415). „Ergibt sich aus be-

[9]) So meint Dernburg BGB., No. 9, 4. Aufl.: In den meisten Fällen ist bloß eine Verbürgung, also eine von der Verbindlichkeit des Schuldners abhängige Verpflichtung beabsichtigt.

[10]) Vgl. Schuldbeitritt, S. 272/73.

[11]) Allerdings nicht gänzlich, wie wir oben § 18 zu zeigen versucht haben.

sonderen Umständen des Tatbestandes, daß der Dritte beim Vertragsschluß hofft oder hoffen konnte, aus dem Vertrag nicht in Anspruch genommen zu werden, so liegt im Zweifel Bürgschaft vor, weil er sich für eine fremde Verbindlichkeit verpflichtete. Wußte dagegen der Dritte beim Vertragsschlusse bestimmt, daß er zahlen müsse, so liegt kumulative Schuldübernahme im Zweifel vor, weil er dann das Bewußtsein hatte, eine eigene Verbindlichkeit eingegangen zu sein." Auch diese Auslegung wird — wie sich aus obigen Ausführungen ergibt — praktisch oft versagen, vor allem, wenn es sich etwa um selbstschuldnerische Bürgschaft handelt.

Je nach dem Standpunkt, den man einnimmt, kann man also für Bürgschaft oder für kumulative Schuldübernahme im Zweifel präsumieren. Durch die Aufstellung von Vermutungen — mögen sie auch noch so einwandfrei begründet sein — wird man niemals dazu gelangen, im konkreten Fall sicher festzustellen, ob die Parteien nun Bürgschaft oder kumulative Schuldübernahme wirklich gewollt haben.

§ 24. Die kumulative Schuldübernahme in der Praxis der Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts.

Sehen wir nun letzten Endes zu, wie die Rechtsprechung unserer Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts über die kumulative Schuldübernahme geurteilt hat.

Die Frage nach ihrem Verhältnis zur Bürgschaft und nach ihrer Selbständigkeit diesem Rechtgeschäft gegenüber ist ja, wie wir gesehen haben, aufgeworfen worden durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. März 1902.

Hat die Ansicht derjenigen Schriftsteller, die die Eigenart der kumulativen Schuldübernahme neben der Bürgschaft betont haben, vielleicht einen bestimmten Einfluß auf die Praxis unserer Gerichte ausgeübt? Falls sich dies bestätigen sollte, bliebe zu untersuchen, welche wirt-

schaftlichen Interessen vorliegen müssen, damit kumulative Schuldübernahme und Nichtbürgschaft für vorliegend erachtet werden kann.

Während in dem oben zitierten Urteil das Reichsgericht dahin entschieden hatte, daß die kumulative Schuldübernahme ein Geschäft sei, „das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat", führt es in der Begründung eines Urteils, das am 14. November 1904 gefällt wurde, folgendes aus: Der erkennende Senat entscheidet jetzt ... die Frage, ob überhaupt eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene, sogenannte kumulative Schuldübernahme denkbar ist, dahin, daß sie allerdings insofern zu bejahen ist, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage noch ein zweiter als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. hinzutreten kann, daß aber der Regel nach und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist.[1])

Vergleicht man den Wortlaut dieser Entscheidung mit dem der vorhergehenden, so wird ohne weiteres klar, daß das Reichsgericht von seinem anfänglich prinzipiellen Standpunkte abgewichen ist. Die Möglichkeit der Begründung einer kumulativen Schuldübernahme und zwar als ein interzessorisches Gesamtschuldverhältnis wird zugegeben, wenn auch nur ausnahmsweise neben der Bürgschaft.

Einen Schritt weiter in der Richtung der Anerkennung der kumulativen Schuldübernahme als selbständiges Rechtsgeschäft machte das Reichsgericht in der Entscheidung, welche es am 19. Februar 1906 fällte.

Dem Urteil lag folgender Tatbestand zugrunde:[2]) Der Kläger hatte sich geweigert, die ihm vom Architekten N. übertragenen Maurerarbeiten fertig zu stellen, als dieser nicht mehr in der Lage war, dafür Zahlung zu leisten. Dem

[1]) Cf. RGC., Bd. 59, S. 232.

[2]) Cf. Gruchot, Beiträge, Bd. 50, S. 946.

Beklagten gegenüber aber hatte er sich auf dessen Ersuchen zur Fertigstellung der Arbeiten verpflichtet, gegen das Versprechen, die bereits geleisteten wie die noch zu leistenden Arbeiten persönlich zu bezahlen.

Als der Beklagte vom Berufungsgericht zur Zahlung der so versprochenen Leistungen verurteilt worden war, berief er sich in seiner Revisionsbegründung auf das Urteil des Reichsgerichts vom 20. März 1902 und machte geltend, daß er darnach, ob er nun als Bürge oder als kumulativer Übernehmer in Anspruch genommen werde, mangels Beobachtung der für beide Rechtsgeschäfte ja erforderlichen Schriftform frei werde.

Das Reichsgericht dagegen verwies auf seine vorhin erwähnte Entscheidung, wonach auf Grund einer eigenartigen Sachlage ein zweiter Schuldner als gewöhnlicher Gesamtschuldner in ein bestehendes Schuldverhältnis eintreten könne. Und diese eigenartige Sachlage erachtete es in dem hier vorliegenden Falle tatsächlich für gegeben. „Denn der Beklagte hat, indem er den Kläger aufforderte, für seine, des Beklagten, Rechnung die von N. bestellten Arbeiten zu liefern, seine Bereitwilligkeit erklärt, als Besteller zu gelten und zwar, da er gleichzeitig Bezahlung auch der bereits gelieferten Arbeiten versprach, auch bezüglich dieser Arbeiten, und der Kläger hat sich hiermit einverstanden erklärt, indem er sich ihm zur Lieferung der Arbeiten verpflichtete. Hiernach ist der Beklagte in das zwischen dem Kläger und N. bestehende Schuldverhältnis in der Weise eingetreten, daß er neben N. als Gesamtschuldner haften sollte.

Also wäre eine kumulative Schuldübernahme nicht nur ausnahmsweise, sondern überhaupt denkbar. Sie kommt zustande durch einen ganz besonderen Vertrag und nur auf Grund einer eigenartigen Sachlage. Weshalb aber gerade in unserem Falle diese eigenartige Sachlage vorliege, darüber äußert sich die Entscheidung nur insoweit, als sie feststellt die Bereitwilligkeit des Beklagten „als Besteller zu gelten“.

Weit deutlicher und bestimmter drückt sich das Reichsgericht in der Entscheidung aus, die es am 23. November 1906 über eine ähnliche Rechtslage wie die vorige fällte.[3]) Der Beklagte hatte auf einem Grundstück, das ihm mit allem Zubehör von seinem Vater verkauft worden war, eine Dampfwaschanstalt betrieben. Die Klägerin hatte dem Vater des Beklagten zur Zeit, als die Anstalt noch von ihm betrieben wurde, einen Gasmotor käuflich geliefert. Sie behauptete, von dem Kaufpreis noch einen Rest zu fordern zu haben. Auf Zahlung dieses Restes hatte die Klägerin den Beklagten belangt, weil dieser sich gegenüber dem Prokuristen der Klägerin zur Zahlung des eingeklagten Kaufpreises mündlich verpflichtet hatte.

Hier entschied das Reichsgericht, daß ein Fall von kumulativer Schuldübernahme und nicht von Verbürgung vorliege, und begründete dies damit, „daß der Schuldner nicht beabsichtigt habe, derart für die Verbindlichlichkeit des Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners abhängig sein soll, wenn also der neue Schuldner eine neue selbständige Verbindlichkeit übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners abhängig sein soll."

Diese Ansicht von dem Wesen der kumulativen Schuldübernahme stimmt durchaus mit dem überein, was wir unter Berufung auf eine große Zahl unserer Schriftsteller als charakteristisch für dieses Rechtsgeschäft festgestellt haben.

Wie selbstverständlich für das Reichsgericht eine theoretische wie praktische Trennung der kumulativen Schuldübernahme sowohl nach Form wie nach Inhalt von der Bürgschaft geworden war, beweist seine Entscheidung vom 26. Februar 1907: [4]) „Wenn der Berufungsrichter es für möglich hält, daß die Ehefrau ebenfalls Schuldnerin

[3]) Cf. RGC., Bd. 64, S. 318.
[4]) Cf. Gruchot, Beiträge, Bd. 50, S. 946.

des Klägers in Ansehung der Arbeiten geworden ist, so kann er dabei an den Fall der sogenannten Schuldübernahme gedacht haben. Dabei handelt es sich nicht um eine nach § 766 BGB. der Schriftform bedürfende Bürgschaft."

Eine völlige, wenn auch etwas verblümte Desavouierung seiner früheren Anschauung enthält die Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. November 1907:[5]) „Das Reichsgericht hat wiederholt als möglich anerkannt, daß neben dem Schuldner ein Dritter durch das Versprechen, für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners gleich wie dieser selbst enzustehen, eintreten kann, ohne daß der Gläubiger infolge des ihm abgegebenen Versprechens des Eintretenden seinen Anspruch gegen den früheren Schuldner aufgibt. Dabei ist betont worden, daß diese sogenannte kumulative Schuldübernahme allerdings im Zweifel regelmäßig Bürgschaftscharakter haben solle..... daß aber, wenn aus besonderen Umständen auf den Willen des eintretenden Schuldners zu schließen sei, derart für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners und deren Fortbestand unabhängig sein soll, eine selbständige Verbindlichkeit des Eintretenden nach § 421 BGB. als begründet anzunehmen sei. Und es ist weiter ausgesprochen, daß ein solches Eintreten in eine Schuld als Gesamtschuldner seinem Wesen nach verschieden ist von der Übernahme einer Bürgschaft für eine fremde Schuld... Hieran ist festzuhalten."

Aus dem Jahre 1908 möchten wir zunächst zwei Gerichtsentscheidungen anführen, die ebenfalls übereinstimmend bekunden: Es gibt eine kumulative Schuldübernahme als selbständiges Rechtsgeschäft neben der Bürgschaft. Ein Urteil vom 6. November 1908 begründete das Reichsgericht folgendermaßen: „Die kumulative Schuld-

[5]) Cf. Juristische Wochenschrift, 08, S. 31.

übernahme unterliegt in der Regel, weil meist eine Bürgschaft, demselben Formzwang. Dies gilt aber nicht, wenn keine Bürgschaft angenommen werden kann, weil der neue Schuldner selbständig die Schuld eingegangen ist, deren Bestand unabhängig von der des ursprünglichen Schuldners ist.“ In den Worten „meist Bürgschaft“ liegt allerdings eine erneute Bezugnahme auf eine im Grund längst aufgegebene Entscheidung. Dies kann nur verwirrend wirken, umsomehr als von einer weiteren Schwankung diesmal nicht die Rede sein kann, denn der erkennende Senat urteilt selbst: „Daß die ev. Annahme des OLG., daß wenn durch die Schuldübernahme des Beklagten ein zweiter Schuldner neben dem W.'schen Nachlasse der Klägerin gegenüber entstanden wäre, § 766 BGB. einschlägig wäre, rechtlich zu beanstanden sei.“

Den Grundgedanken der letzten Entscheidungen des Reichsgerichts hat auch das Landgericht Königsberg in die Begründung seines Urteils vom 4. Dezember 1908[6]) aufgenommen, denn es führt aus: „Nicht Bürgschaft, sonder kumulative Schuldübernahme liegt vor, wenn die Beklagte, auf die das Fleischgeschäft ihres Bruders übertragen worden war, um die Anfechtung des Geschäftsüberganges abzuwehren, mündlich die Bezahlung der Schuld ihres Vorgängers zusichert.“

In einer weiteren Entscheidung vom 22. Februar 1909[7]) hat das Reichsgericht, wie es scheint, zugleich einen Irrtum, der in der Begründung des Urteils vom 23. November 1906 mitunterlaufen war, stillschweigend berichtigt: „Der Annahme einer kumulativen Schuldübernahme steht es nicht unbedingt entgegen, daß der Dritte durch die Erklärung: er werde zahlen, falls es der Schuldner nicht tue, den Gläubiger in erster Linie auf diesen verwies. Gegen sie und für die Annahme einer Bürgschaft spricht es aber, wenn bei der Erklärung der Hauptvertrag mit dem Dritten

[6]) Posener Monatsschrift, 08, S. 156.

[7]) Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, 09, S. 74.

noch nicht abgeschlossen, sondern nur in Aussicht genommen war, auch mit dem Dritten keine Einzelheiten besprochen waren."

Wir haben oben bereits auseinandergesetzt, daß die Existenz einer Hauptschuld wesentliche Bedingung ist für das gültige Zustandekommen einer kumulativen Schuldübernahme im Gegensatz zur Bürgschaft, die auch für eine künftige Verbindlichkeit übernommen werden kann (cf. § 765, II, BGB.). Hiernach war es verkehrt, anzunehmen, daß auch bezüglich der noch herzustellenden Arbeiten eine kumulative Schuldübernahme stattgefunden habe (s. o. § 9). Eine Verpflichtung des Urschuldners war ja noch gar nicht zur Entstehung gelangt.

Allen bisher zitierten Entscheidungen liegt mit typischer Regelmäßigkeit folgender Tatbestand zugrunde: A., der Schuldner des C., gerät in Zahlungsschwierigkeiten; in dieser Notlage kommt plötzlich ein Dritter, der dem Gläubiger verspricht, er solle nichts verlieren, oder: Er werde zahlen usw. An und für sich könnte mit der Annahme einer derartigen Erklärung auch ein Bürgschaftsvertrag geschlossen sein, wenn dieses Rechtsgeschäft formlos gültig wäre. Aber regelmäßig wird im konkreten Falle dieser Interzedent nicht ein beliebiger Dritter sein, sondern er ist der am Schicksal des Schuldners moralisch zunächst interessierte: Der Vater oder er ist der Rechtsnachfolger, oder der Besteller eines Werkes, bei dessen Herstellung der Schuldner als Übernehmer die fragliche weitere Verpflichtung eingegangen ist. In all diesen Fällen erachtete das Reichsgericht „besondere Umstände" für vorliegend, aus denen es auf eine kumulative Schuldübernahme und nicht auf das Eingehen einer bloßen Bürgenverpflichtung geschlossen hat. Was für besondere Umstände dies sein müssen, hat nun das Urteil des Reichsgerichts vom 28. September 1908[8]) folgendermaßen erläutert: „Ist ein Bauunternehmer in Zahlungsschwierig-

[8]) Cf. Juristische Wochenschrift 08, S. 676/77.

keiten geraten und hat nunmehr, nachdem die Bauhandwerker die Bauarbeit eingestellt haben, ein Dritter (Hypothekengläubiger) ein eigenes sachliches oder wirtschaftliches oder rechtliches Interesse[9]) an dem Fortgang der Arbeit und der Vollendung des Baues und hat er aus diesem Interesse heraus die Handwerker bestimmt, weiter zu arbeiten[10]) und den mit dem Bauherrn geschlossenen Vertrag zu erfüllen, indem er ihnen aus seinem eigenen Vermögen aufzukommen verspricht, so kann entweder eine eigene Bestellung hinsichtlich der bereits fertiggestellten oder noch zu leistenden Arbeit oder ein Eintritt in das bestehende Schuldverhältnis neben den Besteller und ursprünglichen Schuldner: Eine kumulative Schuldübernahme vorliegen." Hier ist freilich zu bedenken, daß unser heutiges Recht auch eine Bürgschaft im eigenen Interesse des Bürgen kennt (römischrechtlich: fidejussio in rem suam).[11]) Sie liegt z. B. vor, wenn B. den A. bittet, für ihn bei C. ein Darlehen aufzu-

[9]) Vgl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Das Entscheidende, ob Bürgschaft, ob kumulative Schuldübernahme im konkreten Falle vorliegt, wird darin zu finden sein, ob die Umstände „des Falles" darauf hinweisen, daß der Eintritt nicht für die fremde Schuld erfolgt, sondern daß die durch den Eintritt begründete Verpflichtung zugleich im eigenen Interesse erfolgt.

[10]) Vergleiche auch Staudinger, Komm., Anm. zu § 415 BGB., ebenso Reichel (DJZ. 1912, S. 1304), der kumulative Schuldübernahme annimmt bei folgendem Tatbestande: Die Maitresse des Beklagten H. bewohnte beim Kläger ein „ungestörtes" Zimmer. Der Beklagte, der sie aushielt und oft besuchte, sagte dem Kläger wiederholt, er komme für den Mietzins auf, er werde den Mietzins erledigen. Hierzu führt Reichel aus: Das Zahlungsversprechen des Beklagten ist weder Kreditauftrag (denn Kläger hat sich dem Beklagten nicht verbindlich gemacht, der H. das Zimmer zu vermieten oder Mietzins zu stunden) noch Bürgschaft (denn der Bürge verpflichtet sich im fremden, nicht im eigenen Interesse) vielmehr kumulative Schuldübernahme. Denn der Beklagte hatte ein eigenes persönliches und unmittelbares Interesse an der Erfüllung der Schuld. Ergab sich doch aus der Fortdauer des Mietvertrages der persönliche Vorteil fortdauernden ungestörten Zusammenseins mit der H.

[11]) Vgl. Motive, Bd. 2, S. 674, 675.

nehmen. Da C. von A. Bürgschaft verlangt, unterschreibt B. den Bürgschaftsschein. B. hat unbestreitbar ein persönliches und unmittelbares Interesse an der Bezahlung der Schuld des A. Trotzdem verbürgt er sich ausdrücklich dem B. Die Unsicherheit, die dadurch scheinbar in die obigen Ausführungen gekommen ist, kann jedoch bei schärferer Prüfung des Falles leicht behoben werden.

B. hat zwar ein unmittelbares Interesse an der Schuld; aber aus irgend welchen Gründen wünscht er nicht, daß die Motive desselben dem C. oder weiteren Kreisen bekannt werden. Deshalb fingiert er ein lediglich mittelbares Interesse und begnügt sich mit Unterzeichnungen des Bürgschaftsscheines, der dem C. zur Sicherung genügt.

So dient dieses Beispiel zur Bekräftigung obiger Kriterien für das Vorliegen kumulativer Schuldübernahme, es fügt ihnen nur ein sehr wichtiges Moment hinzu: Das unmittelbare Interesse des Übernehmers an der Schuld muß nach außen, besonders dem Gläubiger durchaus kenntlich gemacht sein, sei es, daß es sich aus den Umständen von selbst ergibt, sei es, daß der Übernehmer bei seiner Verpflichtung ausdrücklich darauf hinweist, sonst müßte man im Zweifel nur Bürgschaftsvertrag für vorliegend erachten.[12])

Daß das Reichsgericht mit der Aufstellung eines eigenen sachlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Interessen eine positive Grundlage gefunden hat, bei deren Nachweis man immer gesamtschuldnerische Haftung des Urschuldners und Interzedenten, also kumulative Schuldübernahme annehmen kann, geht aus der Prüfung und Bestätigung hervor, die das ebenerwähnte Urteil des Reichsgerichts in einem späteren, vom 3. Mai 1909[13]) ge-

[12]) (Anders) Danz (Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., S. 235): Eine Form erfordernde Bürgschaft liegt nicht vor, wenn zwar das Wort „Verbürgen" von den Parteien gebraucht ist, der Bürge aber für eine eigene Schuld Garantie übernommen hat, ebenso nicht, wenn er in solchem Falle tatsächlich der Hauptschuldner ist.

[13]) Cf. RGC., Bd. 71, S. 117.

funden hat: „Eine selbständige und von der Bürgschaft verschiedene Verpflichtung kann mit dem Eintritt eines Dritten in ein bestehendes Schuldverhältnis — einerlei ob dessen Erklärung nach oder gleichzeitig mit der Begründung der Schuld erfolgt — nur gefunden werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Willen auf Begründung einer neben der des Hauptschuldners selbständig bestehenden, von dieser unabhängigen Verbindlichkeit deutlich ergeben. Besondere Umstände in diesem Sinne sind vorhanden, wenn die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen oder wenn diese jedenfalls an den Leistungen aus dem Hauptvertrage, sei es auf der einen oder der anderen Seite, ein eigenes Interesse hat. Nur im Zweifel, wenn solche besondere Umstände nicht festzustellen sind, ist die sogenannte kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen."

Die letzte über unser Thema bekannt gewordene Reichsgerichtsentscheidung ist vom 1. Juli 1909.[13]) Zugleich legt auch sie davon Zeugnis ab, wie sicher und unabhängig das Reichsgericht das von ihm für die kumulative Schuldübernahme gefundene Kriterium anzuwenden weiß. Der Tatbestand ist folgender: Der Kläger hatte dem Bruder des Beklagten ein Gewächshaus etc. unter Eigentumsvorbehalt geliefert und eine Anzahlung erhalten. Als der Käufer schon mit der ersten Rate der geschuldeten Summe im Rückstnd blieb, schickte der Kläger seinen Angestellten zu dem Beklagten, um durch dessen Vermittelung Sicherheit zu erhalten. Auf eine Äußerung des Angestellten, daß die gelieferten Gegenstände wieder fortgenommen werden würden, wenn keine Sicherheit geleistet werde, hat der Beklagte nach der Behauptung des Klägers erwidert: Wenn sein Bruder nicht zahlen sollte, zahle er. Auf Grund dieses Tatbestandes urteilte das Reichsgericht

[13]) Cf. Gruchot, Beiträge, Bd. 54, S. 149.

wie folgt: „Die Äußerung des Beklagten: Wenn sein Bruder nicht zahlen sollte, zahle er, ist an sich eine typische Bürgschaftserklärung. Eine kumulative Schuldübernahme könnte sie enthalten, wenn klar genug Umstände vorliegen und erkennen ließen, daß Beklagter ein eigenes Interesse an der Lieferung des Klägers und an dem Vertrage, aus dem die Hauptschuld hervorgegangen ist, hatte. Doch nicht jedes Interesse genügt, auch der Bürge wird ein solches haben.

Es muß ein sachliches, unmittelbares Interesse an der Leistung des Schuldners in dem Maße vorliegen, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zur Leistung nicht oder nicht mehr bestände, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. Sache des Gläubigers ist es, Umstände darzutun, die ein solches Interesse begründen."

Wir sehen, das Reichsgericht rechnet mit dem heutigen Vorkommen einer kumulativen Schuldübernahme so sehr, daß es bereits für den Fall, daß ihr Vorliegen bestritten werden sollte, eine Regelung der Beweislast gibt: Auf die Einrede des Interzedenten: Er habe sich nur verbürgen wollen, hat der Gläubiger seinerseits Umstände darzutun, die das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme rechtfertigen.

§ 25. Das Ergebnis.

Wir fassen die Ansicht des Reichsgerichts, die in den vorliegenden Entscheidungen zur Genüge dargetan ist, dahin nochmals zusammen: Kumulative Schuldübernahme ist der Beitritt eines Dritten als Gesamtschuldner in ein bestehendes Rechstverhältnis. Diese Art des Beitritts ist immer dann anzunehmen, wenn dem Dritten die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis ganz oder zum Teil wirtschaftlich zugute kommen, insbesondere aber, wenn ihn ein eigenes, sachliches, wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an dem bestehenden Schuldverhältnis zur Interzession be-

wogen hat. Ja, dies Interesse muß ein so starkes sein, daß ev. der Übernehmer auch selbständig die Verbindlichkeit mit dem Gläubiger eingegangen wäre. Größe und Art dieses Interesses sollen außerdem dem Gläubiger genau bekannt sein.

Indessen, diese Definierung, so wertvoll sie an sich auch sein mag, scheint uns noch nicht vollkommen zu sein. Mit Recht dürfte man gegen sie den Einwand erheben, daß das Gesetz gegen sie ein viel einfacheres Mittel bietet, um unter den besagten Umständen der Interessenlage des Übernehmers gerecht zu werden. Wer an einer Verbindlichkeit einen derart starken Anteil nimmt, der wird am besten tun, nach § 414 BGB. die Schuld unter Befreiung des bisherigen Schuldners allein auf sich zu nehmen. Jedoch vergessen wir nicht, daß der Übernehmer hierzu niemals imstande ist ohne eine vorherige zustimmende Verfügung von seiten des Gläubigers. Diese wird aber allemal dann nicht gegeben werden, wenn der Gläubiger seinerseits ein Interesse daran hat, den alten Schuldner nicht frei zu geben. Daß ein solches vorliegt, darf man ruhig annehmen, bis der Gläubiger eben ausdrücklich den bisherigen Schuldner aus dem Schuldnexus entlassen hat.[1])

Wenn nun aber der Übernehmer ein eigenes Interesse an dem Schuldverhältnis hat, der Gläubiger ein weiteres Interesse bekundet, den alten Schuldner forthaften zu lassen, dann entspricht es selbstverständlich den Interessen von Urschuldner und Übernehmer, daß beide in ein Gesamtschuldverhältnis treten und dementsprechend fernerhin verpflichtet sind.

Zum Beweis, daß unter diesen Umständen kumulative Schuldübernahme und nichts anderes vorliegen kann, möchten wir kurz auf das erste von uns (§ 12) angeführte Beispiel gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme zurück-

[1]) Ebenso Hellwig, Verträge S. 179; a. A. v. Tuhr, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 561: „Wir meinen aber, daß, wenn schon eine Präsumption aufgestellt werden soll, dann eher dafür, daß der Gläubiger sein Recht behält, als daß er es aufgibt."

greifen. Der Tatbestand, den § 419 BGB. enthält, entspricht genau dem eben geschilderten. Der frühere Vermögensinhaber hat die Schulden kontrahiert, es ist natürlich, daß er den Gläubigern auch weiterhin verpflichtet bleibt. Der Erwerber hat den Genuß und das Interesse an dem Vermögen, also wäre es unbillig, ihn nicht neben dem Veräußerer für die Passiven des Vermögens gleichfalls aufkommen zu lassen: Er haftet neben dem Veräußerer den Gläubigern kumulativ. Die Bestimmung des Gesetzes will verhindern, daß dieses den Interessen aller Beteiligten entsprechende Verhältnis durch private Vereinbarungen etwa abgeändert werde.

So steht denn die kumulative Schuldübernahme zwischen Bürgschaft und privativer Schuldübernahme selbständig mitten inne. Fragen wir nach der wirtschaftlichen Bedeutung dieser drei Rechtsgeschäfte im Verhältnis zueinander, so stellen sie sich ganz natürlich dar, als drei verschiedene Phasen, in denen sich der Übergang einer Schuld aus der Person des einen Schuldners auf die eines neuen vollziehen kann.

Nimmt ein Dritter an dem Schuldner (und damit auch an seiner Verbindlichkeit) nur mittelbaren Anteil, dann wird es genügen, wenn er dem Gläubiger der betreffenden Forderung versichert, er stehe dafür, daß der Schuldner zahle, und zwar als Bürge. Nur wenn der Schuldner nicht zahlt, dann kann vom Bürgen Erfüllung der Verbindlichkeit verlangt werden. Ist dagegen das Interesse des Dritten an der Schuld soweit gestiegen, daß durch deren Nichterfüllung und die hieraus sich ergebenden Folgen auch eigene erhebliche Interessenschädigung dieses Dritten eintreten würde, dann wird er die Schuld möglichst direkt auf sich zu nehmen suchen und zwar zunächst neben dem alten Schuldner, falls der Gläubiger diesen nicht entläßt, oder allein, nachdem der Gläubiger auf sein früheres Forderungsrecht verzichtet hat. In dem ersten Falle kann man von einer Sicherung, im zweiten von einer Aufnahme, verbunden mit einer Verstärkung, im dritten von einer Über-

nahme der Obligation sprechen. — In der Verstärkung ist zwar eine Sicherung enthalten, aber darüber hinaus umfaßt die Verstärkung eine Verdoppelung des Schuldnersubjekts, was für die bloße Sicherung nicht in Betracht kommen kann.

Grenzfälle zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft einerseits, wie zwischen kumulativer und privater Schuldübernahme andererseits sind denkbar, werden in der Praxis sogar häufig sein; allerdings nur, wenn der kumulative Schuldübernahmevertrag geschlossen worden ist zwischen Gläubiger und Übernehmer, nicht zwischen Übernehmer und Urschuldner, denn zwischen diesen beiden kann weder ein Bürgschafts- noch ein privativer Schuldübernahmevertrag gültig zustande kommen. Allein dieser Zweifelfälle wegen der kumulativen Schuldübernahme völlig eine Existenzberechtigung abzustreiten, liegt unseres Erachtens kein Grund vor. Auch bei der Hingabe einer Geldsumme ohne bestimmte Zinsverabredung kann es zweifelhaft sein, ob ein Darlehen oder ein Depositum irregulare vorliege. Und doch sind bei beiden Rechtsgeschäften die Bestimmungen über Rückgabe, Kündigung usw. völlig verschiedene.

Erkennen wir aber neben Bürgschaft und privativer Schuldübernahme die kumulative Schuldübernahme als selbständiges Rechtsgeschäft an, dann muß sie auch gemäß dem Prinzip der Formfreiheit formlos gültig sein, bis etwa gesetzlich etwas anderes bestimmt werden sollte.

Dagegen, daß eine zwischen Gläubiger und Übernehmer vereinbarte kumulative Schuldübernahme auf jede Eventualität hin schriftlich abgefaßt werde, dürfte nichts einzuwenden sein, obwohl heute schwerlich daran zu zweifeln ist, daß eines unserer Gerichte das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme, falls die näheren Umstände darauf hinweisen, verkennen werde.

Schluß.

Die Frage nach einem Bestehen eines kumulativen Schuldübernahmevertrages neben dem durch das Gesetz geregelten Bürgschaftsvertrage hat gezeigt, wie Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung sich gegenseitig zu ihrem Vorteil beeinflussen können.

Die Gesetzgebung hat durch ihre Nichtbeachtung der kumulativen Schuldübernahme unser Problem überhaupt zur Entstehung gebracht. Die ersten Schritte zu seiner endgültigen Lösung wurden aber erst unternommen, nachdem das Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung und mit ihm die Rechtsprechung einer Reihe von anderen Gerichten das formlose Bestehen einer kumulativen Schuldübernahme neben der Bürgschaft im Prinzip verneint hatten. Eine eingehende wissenschaftliche Untersuchung hat zu einer erneuten Prüfung des Problems und zur Anerkennung einer selbständigen wirtschaftlichen Grundlage der kumulativen Schuldübernahme neben der Bürgschaft von seiten des Reichsgerichts geführt.

Ob auf Grund dessen eine spätere Gesetzgebung sich vielleicht mit dem Problem beschäftigen und alle Zweifel endgültig zur Ruhe bringen wird, bleibt abzuwarten; wünschen darf man es jedenfalls.

Verzeichnis der benützten Literatur.

Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31.
Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69.
Birkenbihl, Das Recht, 1903, S. 286. (Bedarf die kumulative Schuldübernahme der Schriftform?)
v. Blume, Iherings Jahrbücher, Bd. 39, S. 390. (Zur Lehre von der Schuldübernahme.)
— Iherings Jahrbücher, Bd. 40, S. 10. (Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme.)
— Novation, Delegation, Schuldübertragung. 1895.
Boehmer, Konstruktion der befreienden Schuldübernahme. Diss. Greifswald 1907.
Brattig, Verhältnis der kumulativen Schuldübernahme zur Bürgschaft. Diss. Leipzig 1907.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl. 1904 und 5. Aufl. 1905.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., S. 235 ff.
David, Das Recht, 1903, S. 356.
Davidsohn, Schuldübernahme als Zahlung. Diss. Breslau 1897.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, I, 4. Aufl. 1909.
— Pandekten.
Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Aufl. 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 8. Aufl. 1903.
— Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 2. 1882.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, II, 4. Aufl. 1910.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.
Girtanner, Die Bürgschaft.
— Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. 1850.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrg. 1849, S. 181, Jahrg. 1850, S. 946.
Hanseatische Gerichtszeitung, 27. Jahrg., 1906, S. 183.
Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.
Heil, Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Successionbegriffs. Diss. Erlangen 1903.
Heinsheimer, Das deutsche Bürgerl. Gesetzbuch und das badische Recht, Bd. 1, 2. Aufl. 1901.
Hellbach, Die sogenannte kumulative Schuldübernahme. (Das Recht, 1903, S. 335.)
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB. Diss. Rostock 1900.
Herz, Beiträge von der Lehre der Schuldübernahme. Diss. Göttingen 1901.
Horn, Die Schuldübernahme. Wien 1902.
Jahrbuch für württembergische Rechtspflege, Bd. 14, S. 391.
— für Dogmatik, Bd. 57.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 35, Bd. 36, S. 336, Bd. 39, S. 390 und 463, Bd. 40, S. 409.
Kipp, Jherings Jahrbücher, Bd. 36, S. 336.
Kohlers Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 28, S. 80 ff.
— Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 2. 1906.
Kremer, Die Mitbürgschaft. Diss. Straßburg 1902.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 7, S. 542 ff. u. Bd .44.
Landsberg, Das Recht des BGB., Bd. 1. 1904.
Leske, Bürgerliches Gesetzbuch und allgemeines Landrecht, Bd. 1, 1900, 1. u. 2. Aufl.
Liebe, Das Bürgerliche Recht nach dem deutschen BGB., Bd. 1, 1. Aufl. 1904.
Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 5. Aufl. 1910 (Bd. 1, 4. Aufl. 1900).
Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme (Gruchots Beiträge, Bd. 49, S. 181).
Mugdan und Falkmann, Die Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiete des Civilrechts, Bd. 8, S. 84, Bd. 9, S. 284, Bd. 14, S. 21, Bd. 20, S. 163.
Mueller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl. 1904.
Neuburger, Schriftform oder Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme. Jahrbuch für württembergische Rechtspflege, Bd. 14, S. 381.
Neumann, Handausgabe des BGB., Bd. 1, 4. Aufl. 1905.

Oertmann, Kommentar zum BGB.: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1910.

Pincus, Zur Lehre der bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäfte. Diss. Rostock 1907.

Planck, BGB., Bd. 2, 3. Aufl. 1907.

Posener Juristische Monatsschrift. (Für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.) 6. Jahrg., 1903, S. 69.

Protokolle zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Motive zum bürgerlichen Gesetzbuche.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 1903.

Das Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 59, Bd. 64 u. Bd. 71.

Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.

— Deutsche Juristenzeitung, Bd. 17, S. 1304.

Rehbein, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 1903.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, Bd. 28, Kohlers Archiv.

Sächsisches Archiv für das bürgerl. Recht und Prozeß, Bd. 7, S. 593.

Scherer, Recht und Schuldverhältnisse, 2. Bd. 1899.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 68. Jahrg., 74. Jahrg., 70. Jahrg.

Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogen. kumulativen Schuldübernahme Schriftform erforderlich? (Seufferts Blätter, Bd. 68, Bd. 70 u. Bd. 74).

Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Bd., 1. Hälfte, 2. Teil, 4. Aufl. 1908.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.

Staub, Deutsche Juristenzeitung, 1903, S. 18.

Steffens, Die Übernahme fremder Schuld durch Vertrag des Versprechenden mit dem Schuldner. Diss. Heidelberg 1908.

Staudinger, Kommentar zum BGB., 3. u. 4. Aufl.

Strohal, Schuldübernahme: Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 57.

v. Tuhr, Besprechung von Hellwigs „Verträgen", Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 7, S. 541 ff.

— Besprechung von Westerkamp's „Bürgschaft und Schuldbeitritt". Deutsche Juristenzeitung 1908, S. 1177.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Rechts- und Wissenschaftl. Studien, Bd. 33, 1908.

Wienstein, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 31.

Windscheid, Pandekten, Bd. 2, 8. Aufl., 1900.

Wolf, Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? Diss. Würzburg 1908.
Wüstner, Gibt es eine kumulative Schuldübernahme als Rechtsgeschäft eigener Art? Diss. Heidelberg 1906.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1906.
Zeitung, Deutsche Juristen, Jahrgang 1903, 1908, 1912, 1913.
Zürndorfer, Die Interzession nach heutigem Privatrecht, insbesondere die Form der kumulativen Schuldübernahme.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 24. März 1886. Besuchte von Herbst 1892 an das Kais. Lyceum zu Metz, das ich im Herbst 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

An der Universität Heidelberg studierte ich zwei Semester Philosophie, hierauf an den Universitäten Straßburg und München sieben Semester Rechtswissenschaften. Am 14. Juni 1910 bestand ich das Referendarexamen.